INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 28 FEBRUARY 1990

APPLICATION FOR PERMISSION TO INTERVENE

1990

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 28 FÉVRIER 1990

REQUÊTE À FIN D'INTERVENTION

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 28 FEBRUARY 1990

APPLICATION FOR PERMISSION TO INTERVENE

1990

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 28 FÉVRIER 1990

REQUÊTE À FIN D'INTERVENTION

Official citation :
Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Order of 28 February 1990, I.C.J. Reports 1990, p. 3

Mode officiel de citation :
Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à fin d'intervention, ordonnance du 28 février 1990, C.I.J. Recueil 1990, p. 3

Sales number
N° de vente : 576

READEX
FICHE

28 FEBRUARY 1990

ORDER

LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE
(EL SALVADOR/HONDURAS)
APPLICATION FOR PERMISSION TO INTERVENE

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME
(EL SALVADOR/HONDURAS)
REQUÊTE À FIN D'INTERVENTION

28 FÉVRIER 1990

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1990

1990
28 February
General List
No. 75

28 February 1990

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER

APPLICATION FOR PERMISSION TO INTERVENE

Present: *President* RUDA; *Vice-President* MBAYE; *Judges* LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Makes the following Order:

Having regard to Articles 26, 27, 48 and 62 of the Statute of the Court,

Having regard to Articles 81, 83, 84, 85 and 90 of the Rules of Court,

Having regard to the Special Agreement concluded on 24 May 1986 between the Republic of El Salvador and the Republic of Honduras for the submission of a land, island and maritime frontier dispute between the two States to a chamber of the Court consisting of three Members of the Court and two judges *ad hoc* chosen by the Parties,

Having regard to the Order made by the Court on 8 May 1987 whereby it decided to accede to the request of the Governments of El Salvador and

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1990

1990
28 février
Rôle général
n° 75

28 février 1990

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE

REQUÊTE À FIN D'INTERVENTION

Présents: M. RUDA, *Président*; M. MBAYE, *Vice-Président*; MM. LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, MM. BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré,

Rend l'ordonnance suivante:

Vu les articles 26, 27, 48 et 62 du Statut de la Cour,

Vu les articles 81, 83, 84, 85 et 90 du Règlement de la Cour,

Vu le compromis conclu le 24 mai 1986 entre la République d'El Salvador et la République du Honduras, visant à soumettre un différend frontalier terrestre, insulaire et maritime entre les deux Etats à une chambre de la Cour composée de trois membres de la Cour et de deux juges *ad hoc*, désignés par les Parties,

Vu l'ordonnance rendue le 8 mai 1987, par laquelle la Cour a décidé d'accéder à la demande des Gouvernements d'El Salvador et du Hondu-

Honduras to form a chamber of five judges to deal with the case, and further declared that a Chamber to deal with the case was duly constituted by that Order, with the composition therein stated, and having regard to the Order made by the Court on 13 December 1989 following the death of one of the judges *ad hoc* sitting in the Chamber whereby the Court declared the Chamber to be composed as therein stated; and

Whereas on 17 November 1989 the Republic of Nicaragua filed in the Registry of the Court an Application for permission to intervene in the case, which Application was stated to be made by virtue of Article 36, paragraph 1, and Article 62 of the Statute of the Court;

Whereas the Government of Nicaragua contends that its request for permission to intervene is a matter exclusively within the procedural mandate of the full Court, "not only because it is an incidental proceeding but also for . . . reasons of elemental equity (that of consent and that of the equality of States)";

Whereas the Parties to the case were informed by letter of 14 December 1989 that the Court had decided to afford the Parties the opportunity of submitting to the Court their observations on the question thus raised, i.e., whether the Application for permission to intervene is to be decided by the full Court or by the Chamber, and that the procedure contemplated by Article 83, paragraph 1, of the Rules of Court remained reserved pending settlement by the Court of that preliminary question; whereas such observations were received in the Registry on 12 January 1990; whereas copies of these observations were transmitted to Nicaragua which was informed that it might submit its own further observations on the question, and whereas Nicaragua submitted such observations on 1 February 1990; and whereas the Court, having considered all the observations submitted, concluded that it was sufficiently informed of the views of the States concerned, without there being any need for oral proceedings, which the Rules of Court did not require in this context, and which neither Nicaragua nor the Parties had requested;

Whereas under Article 26, paragraph 2, of the Statute the Court has power to form a chamber to deal with a particular case, and consequently to regulate matters concerning its composition; whereas it is for the tribunal seised of a principal issue to deal also with any issue subsidiary thereto; whereas a chamber formed to deal with a particular case therefore deals not only with the merits of the case, but also with incidental proceedings arising in that case (cf. *Frontier Dispute, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986*, p. 3; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), I.C.J. Reports 1989*, p. 42, para. 49);

Whereas the rule of law that "every intervention is incidental to the proceedings in a case" (*Haya de la Torre, I.C.J. Reports 1951*, p. 76), applies equally whether the intervention is based upon Article 62 or Article 63 of the Statute;

ras tendant à ce que soit constituée une chambre de cinq juges pour connaître de l'affaire et a de plus déclaré qu'une chambre — dont elle a indiqué la composition — était dûment constituée en vertu de ladite ordonnance pour connaître de l'affaire; et vu l'ordonnance rendue le 13 décembre 1989, à la suite du décès de l'un des juges *ad hoc* siégeant à la Chambre, par laquelle la Cour a déclaré que la Chambre était composée comme indiqué dans cette ordonnance; et

Considérant que, le 17 novembre 1989, la République du Nicaragua a déposé au Greffe de la Cour une requête à fin d'intervention dans l'affaire, indiquant que ladite requête était soumise en vertu de l'article 36, paragraphe 1, et de l'article 62 du Statut de la Cour;

Considérant que le Gouvernement du Nicaragua soutient que sa requête à fin d'intervention relève exclusivement de la compétence de la Cour plénière en matière de procédure, et ce « non seulement parce qu'il s'agit d'une procédure incidente, mais aussi pour [des] raisons d'élémentaire équité ... (le consentement et l'égalité des Etats) »;

Considérant que les Parties ont été avisées par lettre du 14 décembre 1989 que la Cour avait décidé de leur donner la possibilité de lui présenter leurs observations sur la question ainsi soulevée, celle de savoir s'il doit être statué sur la requête à fin d'intervention par la Cour plénière ou par la Chambre, et que la procédure envisagée à l'article 83, paragraphe 1, du Règlement restait réservée en attendant que la Cour tranche cette question préliminaire; que de telles observations ont été reçues au Greffe le 12 janvier 1990; que copie de ces observations a été transmise au Nicaragua, lequel a été informé qu'il pouvait présenter lui-même de nouvelles observations sur la question; que le Nicaragua a présenté de telles observations le 1er février 1990; et considérant que la Cour, ayant examiné toutes les observations qui avaient été présentées, a conclu qu'elle s'était suffisamment renseignée auprès des Etats intéressés, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure orale que le Règlement de la Cour n'exigeait pas en l'espèce et que ni le Nicaragua ni les Parties n'avaient demandée;

Considérant qu'en vertu de l'article 26, paragraphe 2, du Statut la Cour a le pouvoir de constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée et, partant, de régler les questions touchant la composition d'une telle chambre; que le juge du principal est le juge de l'accessoire; qu'une chambre constituée pour connaître d'une affaire déterminée connaît dès lors non seulement du fond de l'affaire, mais aussi des procédures incidentes introduites dans cette affaire (voir *Différend frontalier, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986*, p. 3; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 49);

Considérant que la règle de droit d'après laquelle « toute intervention est un incident de procédure » (*Haya de la Torre, C.I.J. Recueil 1951*, p. 76) s'applique, que l'intervention ait été formée en vertu de l'article 62 ou de l'article 63 du Statut;

Whereas the question whether an application for permission to intervene in a case under Article 62 of the Statute should be granted requires a judicial decision whether the State seeking to intervene "has an interest of a legal nature which may be affected by the decision" in the case, and can therefore only be determined by the body which will be called upon to give the decision on the merits of the case;

Whereas furthermore a State which has submitted a request for permission to intervene on which a decision has not yet been taken "has yet to establish any status in relation to the case" (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1981*, p. 6, para. 8), and therefore a State requesting such permission must, for the purposes of the decision whether that request should be granted, take the procedural situation in the case as it finds it;

Whereas in its Application for permission to intervene Nicaragua states that

> "The practical consequence of a favourable response to the present request will be the reformation of the Chamber as presently constituted and the re-ordering of the written proceedings as arranged by the Order of 27 May 1987. Whilst my Government is bound to take all available steps in order to protect its legal interests, it is concerned to proceed in a spirit of goodwill and co-operation in face of a procedure which has already been initiated. Consequently, it is the intention of my Government to propose not a reformation of the Chamber and its jurisdictional basis *tout court* but only the making of those changes strictly necessary in order to maintain the minimum standards of efficacy and procedural fairness" (para. 23),

and that

> "Nicaragua in the alternative would request that, for those reasons of elemental fairness explained above . . ., the Court should, in any case, exclude from the mandate of the Chamber any powers of determination of the juridical situation of maritime areas both within the Gulf of Fonseca and also in the Pacific Ocean and, in effect, limit the Chamber's mandate to those aspects of the land boundary which are in dispute between El Salvador and Honduras" (para. 24);

Whereas, in the first place, while Nicaragua has thus referred to certain questions concerning the composition of the Chamber, it has done so only in contemplation of a favourable response being given to its request for intervention; whereas, in the second place, while Nicaragua contemplates a limitation of the mandate of the Chamber, its request to that effect is put forward only "in the alternative"; whereas the Court is thus not called upon to pronounce on any of these questions;

Whereas the mention in the Application of these questions, which are

Considérant que la question de l'admission d'une requête à fin d'intervention soumise en vertu de l'article 62 du Statut appelle une décision judiciaire sur le point de savoir si « un intérêt d'ordre juridique est en cause » pour l'Etat demandant à intervenir et qu'elle ne peut donc être tranchée que par l'organe qui sera appelé à rendre la décision sur le fond de l'affaire;

Considérant au surplus que, lorsqu'un Etat a présenté une requête à fin d'intervention et qu'aucune décision n'a encore été prise sur sa requête, « son statut par rapport à l'instance reste à établir » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1981*, p. 6, par. 8) et qu'en conséquence un Etat demandant l'autorisation d'intervenir doit, aux fins de la décision sur le point de savoir si sa requête doit être admise, accepter telle quelle la situation procédurale en l'espèce;

Considérant que, dans sa requête à fin d'intervention, le Nicaragua déclare que:

> « Une réponse favorable à la présente requête aura pour conséquence pratique une reconstitution de la Chambre par rapport à sa composition actuelle et le réagencement de la procédure écrite telle qu'elle a été fixée par l'ordonnance du 27 mai 1987. Mon gouvernement est certes tenu de prendre toutes les dispositions possibles pour protéger ses intérêts juridiques, mais il est soucieux de procéder dans un esprit de bonne volonté et de coopération face à une procédure qui a déjà été engagée. En conséquence mon gouvernement entend proposer non pas de reconstituer sans autre la Chambre et le fondement de sa compétence, mais uniquement d'opérer les modifications strictement nécessaires pour maintenir les normes minimales d'efficacité et d'équité procédurale » (par. 23),

et que:

> « Subsidiairement le Nicaragua demandera que, pour [des] raisons d'élémentaire équité ... la Cour exclue de toute façon du mandat de la Chambre tous pouvoirs de détermination de la situation juridique des espaces maritimes situés à l'intérieur du golfe de Fonseca ainsi que dans l'océan Pacifique et qu'en fait elle limite le mandat de la Chambre aux aspects de la frontière terrestre qui sont en litige entre El Salvador et le Honduras » (par. 24);

Considérant, en premier lieu, que, si le Nicaragua évoque ainsi certaines questions concernant la composition de la Chambre, il ne le fait que pour le cas où une réponse favorable serait apportée à sa requête à fin d'intervention; en second lieu, que, si le Nicaragua envisage une limitation du mandat de la Chambre, il ne formule une telle demande que « subsidiairement »; qu'ainsi la Cour n'est appelée à se prononcer sur aucune de ces questions;

Considérant que la mention dans la requête de ces questions, qui ne

thus contingent on the decision whether the application for permission to intervene is to be granted, cannot lead the Court to decide in place of the Chamber the anterior question whether that application should be granted;

THE COURT,

by twelve votes to three,

Finds that it is for the Chamber formed to deal with the present case to decide whether the application for permission to intervene under Article 62 of the Statute filed by the Republic of Nicaragua on 17 November 1989 should be granted.

IN FAVOUR: *President* Ruda; *Vice-President* Mbaye; *Judges* Lachs, Oda, Ago, Schwebel, Sir Robert Jennings, Bedjaoui, Ni, Evensen, Guillaume and Pathak;

AGAINST: *Judges* Elias, Tarassov and Shahabuddeen.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-eighth day of February, one thousand nine hundred and ninety, in four copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of El Salvador, the Government of Honduras and the Government of Nicaragua, respectively.

(Signed) José Maria RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Judge ODA appends a declaration to the Order of the Court.

Judges ELIAS, TARASSOV and SHAHABUDDEEN append dissenting opinions to the Order of the Court.

(Initialled) J.M.R.
(Initialled) E.V.O.

---

sauraient donc être examinées avant la décision sur le point de savoir si la requête à fin d'intervention doit être admise, ne peut amener la Cour à se prononcer à la place de la Chambre sur la question préalable de l'admission de la requête;

LA COUR,

par douze voix contre trois,

Dit qu'il appartient à la Chambre constituée pour connaître de la présente affaire de décider de l'admission de la requête a fin d'intervention en vertu de l'article 62 du Statut, introduite par la République du Nicaragua le 17 novembre 1989.

POUR : M. Ruda, *Président*; M. Mbaye, *Vice-Président*; MM. Lachs, Oda, Ago, Schwebel, sir Robert Jennings, MM. Bedjaoui, Ni, Evensen, Guillaume et Pathak, *juges*;

CONTRE : MM. Elias, Tarassov et Shahabuddeen, *juges*.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le vingt-huit février mil neuf cent quatre-vingt-dix, en quatre exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement d'El Salvador, au Gouvernement du Honduras et au Gouvernement du Nicaragua.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

M. ODA, juge, joint une déclaration à l'ordonnance.

MM. ELIAS, TARASSOV et SHAHABUDDEEN, juges, joignent à l'ordonnance les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) J.M.R.
(Paraphé) E.V.O.

DECLARATION OF JUDGE ODA

While I am in full agreement with the Court in its view that:

> "it is for the Chamber formed to deal with the present case to decide whether the application for permission to intervene under Article 62 of the Statute filed by the Republic of Nicaragua on 17 November 1989 should be granted",

I nonetheless consider that, in this instance, the Court does not need to express that view in the form of an Order. The competence of the Chamber formed under Article 26, paragraph 2, of the Statute to deal with any application to intervene is, in my view, unequivocally established by Article 62 of the Statute, read together with Article 90 of the Rules of Court which states that:

> "Proceedings before the Chambers mentioned in Article[s] 26 . . . of the Statute shall, subject to the provisions of the Statute and of these Rules relating specifically to the Chambers, be governed by the provisions of Parts I to III of these Rules applicable in contentious cases before the Court",

and by Article 27 of the Statute, which provides that "[a] judgment given by any of the chambers provided for in Article[s] 26 . . . shall be considered as rendered by the Court". "Intervention" is one of the "Incidental Proceedings" for which provision is made in Section D of Part III of the Rules of Court ("Proceedings in Contentious Cases"). Permission to intervene in a case being dealt with by a chamber can properly be requested only of that chamber; and it is in the nature of the present case that any approach made to the full Court by a third State cannot, however labelled, be seen as constituting a proper application for permission to intervene. The Court was accordingly under no obligation to ascertain the views of the Parties to the case with regard to this aspect of Nicaragua's Application. The Application for permission to intervene that Nicaragua addressed to the Registrar of the Court on 17 November 1989 could have been dealt with by the Chamber at once.

Although Nicaragua, in its Application to the full Court, undoubtedly did request permission of the Court to intervene, making it clear that it thereby meant the full Court, it also referred to "[t]he practical consequence of a favourable response to the present request", namely, "the reformation of the Chamber as presently constituted". In other words, Nicaragua contemplates the "reformation" of the Chamber seised of the present case by the Order of 8 May 1987 (as complemented by the Order of 13 December 1989). In the alternative, Nicaragua contemplates suggest-

DÉCLARATION DE M. ODA

[Traduction]

Je partage totalement l'opinion de la Cour selon laquelle

> « il appartient à la Chambre constituée pour connaître de la présente affaire de décider de l'admission de la requête à fin d'intervention en vertu de l'article 62 du Statut, introduite par la République du Nicaragua le 17 novembre 1989 »,

mais je considère qu'en l'espèce la Cour n'a pas besoin d'exprimer cette opinion sous la forme d'une ordonnance. A mon avis, la compétence dont la Chambre constituée conformément à l'article 26, paragraphe 2, du Statut jouit pour connaître d'une requête à fin d'intervention est établie sans équivoque par l'article 62 du Statut, rapproché de l'article 90 du Règlement, aux termes duquel :

> « La procédure devant les chambres prévues aux articles 26 et ... du Statut est, sous réserve des dispositions du Statut et du présent Règlement les visant expressément, réglée conformément aux dispositions des titres I à III du présent Règlement applicables en matière contentieuse devant la Cour »,

et par l'article 27 du Statut, aux termes duquel « tout arrêt rendu par l'une des chambres prévues aux articles 26 et ... sera considéré comme rendu par la Cour ». L'« intervention » est l'une des « procédures incidentes » prévues à la section D du titre III du Règlement de la Cour (« Procédure contentieuse »). L'autorisation d'intervenir dans une affaire dont connaît une chambre ne saurait être demandée qu'à cette chambre ; et il découle de la nature de la présente affaire qu'aucune démarche entreprise auprès de la Cour plénière par un Etat tiers ne peut, quel que soit le nom qu'on lui donne, être considérée comme constituant une requête à fin d'intervention, en bonne et due forme. La Cour n'était donc pas tenue de se renseigner auprès des Parties à l'affaire sur cet aspect de la requête du Nicaragua. La Chambre aurait pu statuer immédiatement sur la requête à fin d'intervention que le Nicaragua avait adressée au Greffier de la Cour le 17 novembre 1989.

Dans sa requête à la Cour plénière, le Nicaragua a sans doute demandé à être autorisé par la Cour à intervenir, en précisant qu'il entendait par là la Cour plénière, mais il a aussi fait allusion à la « conséquence pratique » d'une « réponse favorable à la présente requête », à savoir la « reconstitution de la Chambre par rapport à sa composition actuelle ». En d'autres termes, le Nicaragua envisage la « reconstitution » de la Chambre saisie de la présente affaire en vertu de l'ordonnance du 8 mai 1987 (complétée par l'ordonnance du 13 décembre 1989). Subsidiairement, le Nicaragua envi-

ing that the Court should exclude from the mandate of the Chamber some of the powers with which it had previously been invested. In either event a request of this kind, addressed to the full Court by a State not party to the case, is not one which can be entertained under any of the provisions of the Statute or Rules of Court that govern the Court's procedures. Furthermore, to the extent that such "reformation" might involve a claim by the intervener, or would-be intervener, to be entitled to appoint a judge *ad hoc*, such a claim could only properly be considered by the Chamber, but not by the full Court, as is implied in Article 26, paragraph 2, of the Statute and Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court (both of which are chiefly concerned with the initial or original constitution of a chamber), and as is apparent from the very character of intervention as an incidental proceeding. Once a chamber has been constituted, the powers of the full Court are, in my view, limited, so far as the composition of that chamber is concerned, to the filling of any vacancy in the original constitution that may arise as a result of the death, resignation or incapacity of an original member of the chamber. It would have been preferable in my view for the Court to have incorporated an explicit finding in that sense into the Order which it has found it necessary to make.

(Signed) Shigeru ODA.

sage de suggérer que la Cour exclue du mandat de la Chambre certains des pouvoirs dont celle-ci a été investie. Dans un cas comme dans l'autre, une demande ainsi adressée à la Cour plénière par un Etat qui n'est pas partie à l'affaire n'est pas susceptible d'être accueillie en vertu de l'une quelconque des dispositions du Statut ou du Règlement de la Cour qui régissent la procédure de celle-ci. En outre, dans la mesure où une telle « reconstitution » pourrait amener l'intervenant, ou l'éventuel intervenant, à se prétendre en droit de désigner un juge *ad hoc*, seule la Chambre, et non la Cour plénière, pourrait dûment examiner la question, comme cela découle de l'article 26, paragraphe 2, du Statut et de l'article 17, paragraphe 2, du Règlement (dispositions qui, toutes deux, concernent principalement la constitution initiale ou originale d'une chambre) ainsi que du caractère même de l'intervention, qui est une procédure incidente. Selon moi, une fois qu'une chambre a été constituée, les pouvoirs de la Cour plénière en ce qui concerne la composition de cette chambre sont limités : elle ne peut que pourvoir aux vacances qui peuvent se produire dans la composition originale de la chambre par suite de décès, démission ou incapacité de certains de ses membres originaux. Je pense qu'il aurait été préférable que la Cour inclue une conclusion explicite en ce sens dans l'ordonnance qu'elle a jugé nécessaire de rendre.

(*Signé*) Shigeru ODA.

DISSENTING OPINION OF JUDGE ELIAS

I wish to dissent from the Order made by the Court because I believe that Nicaragua's Application for permission to intervene should be heard and disposed of by the full Court and not by the Chamber.

My first reason is based on the main question of the scope of chamber jurisdiction: the scope of the jurisdiction of this Chamber, or of any other chamber composed by the Court under the present Rules, is neither definitive nor final, so that one cannot regard jurisdiction as being transferable *holus bolus* from the International Court of Justice itself to its affiliate envisaged in Article 26 of the Statute, or by any other text.

My second reason is the almost absolute one that Article 27 of the Statute provides clearly that "A judgment given by any of the chambers provided for in Articles 26 and 29 shall be considered as rendered by the Court". It must follow that the Court and all its Members are bound by the judgment of a chamber, but not necessarily by a judgment arrived at by whatever means, or in defiance of a rule of justice overlooked or misconceived, or one subsequently overruled by the Court in the long run. This is so because, even though every Member of the Court is bound by the decision of the chamber, no non-member of the chamber has the chance or indeed the right to take part or to intervene in the work of the chamber before its decision is handed down. This means that there is no opportunity for any Member to criticize, or to point out any lacunae before the case is ended by the particular chamber; nor has the Court any opportunity to intervene. Yet according to the present Statute the decision is one by which the Court must be regarded as also bound, without having had any opportunity of interference.

It is, however, inconceivable that the jurisdiction as conferred upon the Court by Article 36 of the Statute does not admit of any exception, and binds only the Court within the meaning of the law as envisaged by it. If, for any reason, a chamber exercises so-called jurisdiction which is vitiated by any rule of law or of justice, a judgment delivered by it may not be accepted in every respect as *ipso facto* binding, even though that judgment is apparently unexceptionable otherwise. It therefore follows that, unless Article 26 of the Statute itself, or the implementing Article of the Rules by which chambers are established, so define the scope and purpose of a chamber formed to deal with a particular matter referred to it, there cannot be a wholesale transfer of general jurisdiction of the Court by the assignment of a particular case to a particular chamber. It remains to be proved that a chamber is the equivalent of the Court in all respects. It may be noted that under Article 30 of the Statute the Court reserves the exclu-

OPINION DISSIDENTE DE M. ELIAS

[Traduction]

Je me dissocie de l'ordonnance qu'a rendue la Cour car j'estime que c'est la Cour plénière et non la Chambre qui devrait connaître de la requête à fin d'intervention du Nicaragua et statuer sur cette requête.

Ma première raison est fondée sur la question essentielle de l'étendue de la compétence des chambres: l'étendue de la compétence de la présente Chambre, ou de toute autre chambre constituée par la Cour en application de son Règlement actuel, n'est ni finale ni définitive, de sorte qu'on ne peut considérer que la compétence est directement transférable de la Cour internationale de Justice elle-même à l'une des chambres visées à l'article 26 du Statut ou dans tout autre texte.

Ma seconde raison, presque inattaquable, est que l'article 27 du Statut dispose clairement que «tout arrêt rendu par l'une des chambres prévues aux articles 26 et 29 sera considéré comme rendu par la Cour». Il s'ensuit obligatoirement que la Cour et tous ses membres sont liés par un arrêt rendu par une chambre, encore qu'ils ne le seraient pas nécessairement par un arrêt auquel une chambre parviendrait par n'importe quel moyen ou au mépris d'une règle de bonne administration de la justice qui serait négligée ou mal interprétée ou que la Cour finirait par rejeter. En effet, chaque membre de la Cour est certes lié par la décision d'une chambre, mais ceux d'entre eux qui ne sont pas membres de cette chambre n'ont pas la possibilité ni même le droit de prendre part à ses travaux ou d'intervenir dans ceux-ci avant qu'elle ait rendu sa décision. Cela veut dire qu'ils n'ont pas la faculté de formuler des critiques ou de relever des lacunes avant que la chambre ait statué; et la Cour n'a pas non plus l'occasion d'intervenir. Or, conformément au Statut actuel, la décision doit être considérée comme liant également la Cour, sans que celle-ci ait la moindre possibilité d'intervenir.

On ne saurait toutefois concevoir que la compétence qui est conférée à la Cour par l'article 36 du Statut ne souffre aucune exception et lie seulement la Cour au sens du droit tel que le Statut l'envisage. Si, pour une raison quelconque, une chambre exerce une prétendue compétence et que cette compétence est viciée au regard d'une règle de droit ou d'une règle de bonne administration de la justice, l'arrêt rendu par cette chambre peut ne pas être accepté à tous égards comme obligatoire *ipso facto*, même si cet arrêt ne semble par ailleurs pas devoir susciter de critiques. Il s'ensuit que, comme l'article 26 du Statut lui-même ou l'article correspondant du Règlement, en application duquel les chambres sont créées, ne définissent pas de la sorte l'étendue des pouvoirs et le mandat d'une chambre constituée pour connaître d'une affaire particulière, il ne peut y avoir tranfert global de la compétence générale de la Cour par la dévolution d'une affaire déterminée à une chambre déterminée. Il reste d'ailleurs à prouver

sive right to frame "rules for carrying out its functions. In particular, it shall lay down rules of *procedure*" (emphasis added). This shows that the chamber is not entirely its own master, and that it is possible that certain aspects of jurisdiction are residual or exercisable only by the Court itself.

When the chamber procedure was conceived and framed — a process which may be regarded as having been somewhat hurried — not enough attention was paid to refining and considering its full implications in the administration of justice. That this has been so can easily be shown by going through the *arcanum* of decisions so far delivered under the chamber procedure since the wholesale adoption of the chamber procedure in the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*. The entire machinery of chamber procedure has been shown time and again to be in need of a thorough overhaul, especially from the point of view of its implication in the declaration of general principles of international law, like that of intervention, which is necessarily wider than the narrow issues which Article 26 envisaged as the *only* work for a chamber. The chamber cannot be asked to undertake the finding of general principles of public international law, and is therefore not given the same authority and jurisdiction as the Court, unless specific provision is made in a particular case in the establishment or provenance of the chamber.

Finally, the present Order is too narrow, and seems consumed by preoccupation with a narrow conception of intervention, a concept which in all cases is wider than the Court Order itself, or even its broader implications. The Order, in refusing to allow the request of Nicaragua to be dealt with by the Court fails to refer to the relevant consideration that it may raise problems such as the appointment of an *ad hoc* judge or other issues of the composition of the Chamber itself. If such problems were handled by the Court the matter could be dealt with by handing back the request of Nicaragua to the Chamber for disposal as appropriate. The Chamber cannot be expected to refer such matter or matters to the full Court for directions several times in succession in the course of its treatment of a single application. Clearly, a chamber of *equal* competence or jurisdiction cannot be expected to have matters referred in this way to "its" own organ within the ICJ system. The Chamber must also never be allowed to deal with such issues as appointment of an *ad hoc* judge, another problem of general international law the scope of which is too wide for the Chamber in any event.

(Signed) T. O. ELIAS.

qu'une chambre est à tous égards l'équivalent de la Cour. Il y a lieu de relever qu'en vertu de l'article 30 de son Statut la Cour se réserve le droit exclusif de déterminer «par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle règle notamment sa *procédure*» (les italiques sont de moi). Cela montre que la Chambre n'est pas entièrement libre et qu'il est possible que certains aspects de la compétence aient un caractère résiduel ou ne puissent être exercés que par la Cour elle-même.

Lorsque la procédure devant les chambres a été conçue et élaborée — un peu hâtivement, semble-t-il — on ne s'est pas suffisamment préoccupé de définir toutes ses implications sur l'administration de la justice. On s'en rend bien compte en explorant les arcanes des décisions rendues jusqu'à présent dans le cadre de la procédure devant des chambres, depuis l'adoption de cette procédure dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*. On a vu à maintes reprises que toute la procédure devant les chambres avait besoin d'être complètement revisée, en particulier au regard de ses implications sur l'énonciation de principes généraux du droit international, comme celui de l'intervention, énonciation qui va nécessairement au-delà de l'examen des questions limitées que l'article 26 considère comme constituant la *seule* activité d'une chambre. On ne peut demander à une chambre de dégager des principes généraux de droit international public; elle n'est par conséquent pas investie de la même autorité ni de la même compétence que la Cour, à moins que, dans une affaire déterminée, cela ne soit spécialement prévu lors de la constitution de la chambre ou que cela ne ressorte de sa genèse.

Enfin, la présente ordonnance est trop étroite; il semble que l'on s'y soit efforcé de traduire une conception restreinte de l'intervention, notion qui est en tout cas plus large que la teneur de l'ordonnance de la Cour ou même que ses répercussions lointaines. En ne permettant pas que la requête du Nicaragua soit examinée par la Cour, l'ordonnance ne tient pas compte d'une considération importante, à savoir que cette requête peut soulever des problèmes tels que la désignation d'un juge *ad hoc* ou d'autres questions concernant la composition de la Chambre elle-même. Si ces problèmes étaient examinés par la Cour, celle-ci pourrait procéder par renvoi de la requête du Nicaragua devant la Chambre pour qu'elle règle la question de façon appropriée. On ne peut s'attendre à ce que, plusieurs fois de suite pendant qu'elle connaît d'une même requête, la Chambre renvoie une ou plusieurs questions de ce genre à la Cour plénière, afin d'en obtenir des directives. Il est clair qu'on ne peut s'attendre à ce qu'une chambre ayant une compétence ou une juridiction *égale* à celle de la Cour puisse ainsi déférer les questions à «son» propre organe au sein du système de la Cour. Il ne faut pas non plus permettre que la Chambre puisse connaître un jour de questions telles que la désignation d'un juge *ad hoc*; c'est là un autre problème de droit international général dont la portée est de toute façon trop large pour la Chambre.

(Signé) T. O. ELIAS.

DISSENTING OPINION OF JUDGE TARASSOV

I have unfortunately been obliged to vote against the Order by which the Court has decided that the Application by Nicaragua for permission to intervene under Article 62 of the Statute in the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)* should be dealt with by the Chamber formed to deal with the case.

The Court substantiated its Order by invoking the existing rule according to which the request for permission to intervene should be dealt with by the organ which is to decide the merits of the case, because "every intervention is incidental to the proceedings in a case" (*Haya de la Torre, I.C.J. Reports 1951*, p. 76).

The decision of the Court would not have given rise to any doubts on my part if Nicaragua's Application had not raised some very important issues and had not related to the specific character of the case and the composition of the Chamber formed to deal with it. In fact this Application goes much further than does an ordinary request for permission to intervene.

First of all, the Applicant considers that the existing dispute relating to the legal situation in the islands and maritime areas both within and adjacent to the Gulf of Fonseca is of a trilateral, rather than a bilateral, character (para. 2 *(e)* of Nicaragua's Application). The Applicant further states that:

> "In a situation in which the consideration of the status of the Gulf necessarily involves the three riparian States, *two of these States have been given the opportunity to create a timetable and a procedural agenda from which Nicaragua is excluded* and the content of which was decided upon without Nicaragua's consent." (*Ibid.*, para. 13; emphasis added.)

This leads the Applicant to express the view that:

> "The practical consequence of a favourable response to the present request will be the *reformation of the Chamber* as presently constituted and the re-ordering of the written proceedings as arranged by the Order of 27 May 1987." (*Ibid.*, para. 23; emphasis added.)

Nevertheless, Nicaragua goes on to say that its intention is:

> "to propose not a reformation of the Chamber and its jurisdictional basis *tout court* but only the *making of those changes strictly necessary*

OPINION DISSIDENTE DE M. TARASSOV

[Traduction]

J'ai malheureusement été contraint de voter contre l'ordonnance par laquelle la Cour a décidé que la requête à fin d'intervention introduite par le Nicaragua en vertu de l'article 62 du Statut dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* devait être examinée par la Chambre constituée pour connaître de ladite affaire.

La Cour a motivé son ordonnance en invoquant la règle selon laquelle c'est l'organe qui dans une affaire est appelé à statuer sur le fond qui doit connaître de la requête à fin d'intervention parce que « toute intervention est un incident de procédure » (*Haya de la Torre, C.I.J. Recueil 1951*, p. 76).

La décision de la Cour n'aurait pas appelé de réserves de ma part si la requête du Nicaragua n'avait pas soulevé de très importantes questions et n'avait pas eu trait au caractère particulier de l'affaire et à la composition de la Chambre constituée pour en connaître. En fait, cette requête va beaucoup plus loin qu'une requête ordinaire à fin d'intervention.

Tout d'abord, le requérant considère que le différend existant au sujet de la situation juridique des espaces insulaires et maritimes tant à l'intérieur du golfe de Fonseca qu'adjacents à celui-ci est de nature trilatérale et non bilatérale (requête du Nicaragua, par. 2 *e)*). Le requérant déclare:

> « Alors que l'examen du statut du golfe intéresse nécessairement les trois Etats riverains, *deux de ces Etats se sont vu offrir la possibilité d'établir un calendrier et des modalités de procédure dont le Nicaragua est exclu* et dont le contenu a été fixé sans son consentement. » (*Ibid.*, par. 13; les italiques sont de moi.)

Cela amène le requérant à formuler l'opinion suivante:

> « Une réponse favorable à la présente requête aura pour conséquence pratique une *reconstitution de la Chambre* par rapport à sa composition actuelle et le réagencement de la procédure écrite telle qu'elle a été fixée par l'ordonnance du 27 mai 1987. » (*Ibid.*, par. 23; les italiques sont de moi.)

Toutefois, le Nicaragua déclare qu'il entend:

> « proposer non pas de reconstituer sans autre la Chambre et le fondement de sa compétence, mais uniquement d'*opérer les modifica-*

> *in order to maintain the minimum standards of efficacy and procedural fairness*" (Nicaragua's Application, para. 23; emphasis added).

It also says that, as an alternative follow-up to its Application, it may request that:

> "the Court should, in any case, *exclude from the mandate* of the Chamber any powers of determination of the juridical situation of maritime areas both within the Gulf of Fonseca and also in the Pacific Ocean and, in effect, *limit the Chamber's mandate* to those aspects of the land boundary which are in dispute between El Salvador and Honduras" (*ibid.*, para. 24; emphasis added).

In that event, Nicaragua would be willing:

> "to submit to the Court *or a Chamber duly appointed*, if El Salvador and Honduras so agree, the decision on the determination of the juridical situation of the maritime areas both within the Gulf of Fonseca and also in the Pacific Ocean" (*ibid.*; emphasis added).

All these statements make it quite clear that, in the Applicant's view, the present Chamber formed by the Court on the basis of a *compromis* between El Salvador and Honduras, without the participation of Nicaragua, can only become appropriate for the consideration of its Application if it is reformed, whether wholly or in part. Alternatively, the mandate of the present Chamber should be confined to the bilateral land frontier dispute between El Salvador and Honduras and a new chamber should be formed with the participation of Nicaragua on an equal footing with the initial Parties. It is obvious that all the proposed transformations, i.e., the full or partial reformation of the existing Chamber, or the modification or limitation of its mandate, cannot be effected by the existing Chamber itself. Only the full Court, which formed the present Chamber to deal with a land, island and maritime frontier dispute between El Salvador and Honduras and thus conferred upon it its mandate "to deal with the present case" (*I.C.J. Reports 1987, Order of 8 May 1987*, p. 12), has the power to undertake actions of that kind.

I believe that the Applicant, when making the above-mentioned submissions, was quite right to appeal to the body which is *fully empowered* to make the required changes. Moreover, the Applicant has opted for precisely this approach, emphasizing in its request that the matter raised by it is "exclusively within the procedural mandate of the full Court" (Nicaragua's Application, Preliminary Statements, last paragraph).

There are no provisions either in the Statute or in the Rules of Court which can be seen as prohibiting the full Court from considering these submissions of the Applicant. Neither the Statute and Rules of Court nor

tions strictement nécessaires pour maintenir les normes minimales d'efficacité et d'équité procédurale» (requête du Nicaragua, par. 23; les italiques sont de moi).

Il dit aussi qu'à titre subsidiaire il demandera que:

«la Cour *exclue* de toute façon *du mandat* de la Chambre tous pouvoirs de détermination de la situation juridique des espaces maritimes situés à l'intérieur du golfe de Fonseca ainsi que dans l'océan Pacifique et qu'en fait *elle limite le mandat de la Chambre* aux aspects de la frontière terrestre qui sont en litige entre El Salvador et le Honduras» (*ibid.*, par. 24; les italiques sont de moi).

Pour le cas où la Cour procéderait à une telle limitation, le Nicaragua serait disposé:

«à s'en remettre, avec l'accord d'El Salvador et du Honduras, à la décision que la Cour *ou une chambre dûment constituée* rendrait sur la détermination de la situation juridique des espaces maritimes situés à l'intérieur du golfe de Fonseca ainsi que dans l'océan Pacifique» (*ibid.*; les italiques sont de moi).

Il ressort très clairement de toutes ces déclarations que, de l'avis du Nicaragua, la présente Chambre, constituée par la Cour sur la base d'un compromis entre El Salvador et le Honduras et sans sa participation, ne peut être apte à examiner sa requête que moyennant sa reconstitution totale ou partielle. A défaut, le mandat de cette Chambre devrait être limité au différend frontalier terrestre bilatéral entre El Salvador et le Honduras et une nouvelle chambre devrait être constituée avec la participation du Nicaragua sur un pied d'égalité avec les Parties initiales. Il est évident que toutes les transformations proposées, c'est-à-dire la reconstitution totale ou partielle de la Chambre, ou la modification ou la limitation de son mandat, ne peuvent être effectuées par la Chambre existante elle-même. Seule la Cour plénière, qui a constitué la présente Chambre pour connaître d'un différend frontalier terrestre, insulaire et maritime entre El Salvador et le Honduras et lui a ainsi conféré son mandat «pour connaître de la présente affaire» (*C.I.J. Recueil 1987, ordonnance du 8 mai 1987*, p. 12), a le pouvoir d'y procéder.

Je crois que c'est à bon droit que pour faire valoir les conclusions susmentionnées le requérant s'est adressé à l'organe qui est *pleinement habilité* pour procéder aux modifications demandées. De plus, c'est cette voie que le requérant a choisie, soulignant dans sa requête que la question posée dans celle-ci relevait «exclusivement de la compétence de la Cour plénière en matière de procédure» (requête du Nicaragua, observations préliminaires, dernier alinéa).

Ni le Statut ni le Règlement de la Cour ne contiennent de dispositions pouvant être interprétées comme interdisant à la Cour plénière d'examiner ces conclusions du requérant. Pas plus le Statut et le Règlement de la

the Court's own practice serve to deprive it entirely of functions relating to chambers, once those chambers have been formed. It is precisely the full Court that makes changes in the composition of a chamber, electing new members or approving new judges *ad hoc* to fill any vacancies that may arise and fixing time-limits for written proceedings. It is only natural that it should fall to the full Court to deal with a request for the *reformation* of the Chamber. It is a fact that Nicaragua's Application, intentionally addressed to the full Court, is also directly related to the composition of the Chamber. Of the five judges composing the Chamber, no more than a minority of two are currently Members of the Court. (The President of the Chamber, whose term of office in the Court has expired, continues to sit in the Chamber in accordance with Article 17 of the Rules of Court. The other two judges are judges *ad hoc* chosen by El Salvador and Honduras respectively.)

It is clear that the Court, which is responsible for the Chamber it has formed, has full confidence in the high professional skills of its members and in their judicial impartiality. It should be presumed that the Applicant has the same confidence. It is nonetheless very difficult to ignore the fact that the initial Parties have exercised a certain and by no means negligible influence on the composition of the Chamber, not only by choosing their respective judges *ad hoc* but also by giving the President of the Court their views "regarding the composition of the Chamber", in application of Article 17 of the Rules of Court, even though Article 26, paragraph 2, of the Statute expressly provides that the parties are only required to approve the Court's determination of "*The number of judges* to constitute such a chamber . . ." (Emphasis added.)

Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court permits a broader interpretation of this provision of the Statute, enabling the President to ascertain the views of the parties regarding those judges whom they would wish to be elected as members of a chamber. The Court, when forming a chamber, normally complies with those views. It follows that the initial parties do exercise an influence not only on the numerical, but also on the *personal* composition of the chamber.

The intervening State does not have this possibility and its procedural position before a chamber is not on a par with the position of the initial parties. Such an inequality might be especially harmful to the intervening party if it were to seek the reformation of the existing composition of a chamber or a modification of that chamber's mandate.

In the observations of Nicaragua on the question whether the Application for permission to intervene falls within the jurisdiction of the Chamber formed to deal with the case or that of the full Court, the Applicant says that:

> "To consider that a challenge to the formation of the Chamber, made because of the extent of the competence *ratione materiae* with

Cour que sa propre pratique ne la privent totalement de fonctions en ce qui concerne les chambres une fois que celles-ci ont été constituées. C'est précisément la Cour plénière qui apporte des modifications à la composition d'une chambre, en élisant de nouveaux membres ou en approuvant la désignation de nouveaux juges *ad hoc* pour pourvoir aux sièges devenus vacants et en fixant les délais pour l'échange des pièces écrites. Il n'est que naturel qu'il revienne à la Cour plénière de connaître d'une requête à fin de *reconstitution* de la Chambre. C'est un fait que la requête du Nicaragua, délibérément adressée à la Cour plénière, concerne aussi directement la composition de la Chambre. Des cinq juges qui composent celle-ci, seuls deux — une minorité — sont actuellement membres de la Cour. (Le président de la Chambre, dont la période de fonctions à la Cour est venue à expiration, continue de siéger à la Chambre en application de l'article 17 du Règlement de la Cour. Les deux autres juges sont des juges *ad hoc*, choisis par El Salvador et le Honduras respectivement.)

Il est clair que la Cour, qui est responsable de la Chambre qu'elle a constituée, a toute confiance dans la haute compétence professionnelle des membres de celle-ci et dans leur impartialité judiciaire. Il faut présumer que le requérant a la même confiance. Il est néanmoins très difficile de faire abstraction du fait que les Parties initiales ont exercé une certaine influence — nullement négligeable — sur la composition de la Chambre, non seulement en choisissant leurs juges *ad hoc* respectifs mais aussi en informant le Président de la Cour de leurs vues «au sujet de la composition de la Chambre», en application de l'article 17 du Règlement de la Cour, alors même que l'article 26, paragraphe 2, du Statut dispose expressément que l'assentiment des parties n'est requis qu'en ce qui concerne «*le nombre de juges* de cette chambre» fixé par la Cour (les italiques sont de moi).

L'article 17, paragraphe 2, du Règlement de la Cour autorise une interprétation plus large de cette disposition du Statut, permettant au Président de s'informer des vues des parties en ce qui concerne les juges que celles-ci souhaiteraient voir élus comme membres de la chambre. Normalement, lorsqu'elle constitue une chambre, la Cour se conforme à ces vues. Il en résulte que les parties initiales exercent bien une influence non seulement quant au nombre mais aussi quant à la personne des juges qui composent la chambre.

L'Etat intervenant n'a pas cette possibilité et d'un point de vue procédural sa situation devant une chambre n'est pas identique à celle des parties initiales. Une telle inégalité peut être particulièrement préjudiciable à la partie intervenante si elle sollicite la reconstitution ou la modification du mandat d'une chambre existante.

Dans les observations du Nicaragua sur la question de savoir si la requête à fin d'intervention relève de la compétence de la Chambre constituée pour connaître de l'affaire ou de la compétence de la Cour plénière, le requérant déclare :

> «Considérer que c'est la chambre elle-même qui doit connaître d'une contestation de sa constitution motivée par l'étendue de la

which it was anointed, should be aired before the same Chamber, would certainly be a complete surrender of the sovereign will of the intervening party, to the will of the original parties as reflected in the formation of the Chamber."

The Court could not fail to take any account of the Applicant's arguments and, by a purely administrative decision, simply transfer the request to the President of the Chamber without giving it any consideration. By its decision of 14 December 1989 the Court, as can be seen from the present Order, afforded the two Parties to the case:

> "the opportunity of submitting to the Court their observations on the question . . . raised [by Nicaragua], i.e., whether the Application for permission to intervene is to be decided by the full Court or by the Chamber . . ."

In accordance with the same decision of 14 December 1989, copies of those observations were transmitted to Nicaragua which then submitted its further observations. In the observations of Honduras dated 15 January 1990, the Government of that State informed the Court that, in its view "[t]he full Court has no jurisdiction over the case between Honduras and El Salvador . . ." and "that Nicaragua's application to intervene must be heard by the Chamber and not by the full Court".

The Government of El Salvador, in its observations dated 8 January 1990, informed the Court of its intention "to oppose the Nicaraguan application to intervene, including the request for reformation of the Chamber . . .". However, this opposition to Nicaragua's proposed intervention and the proposed reformation of the Chamber did not lead El Salvador to concur with Honduras in rejecting, in principle, the possibility that the full Court might consider Nicaragua's Application. Its stated view was that:

> "Believing that the reasons for opposing the application are equally valid before the full Court or before the Chamber, the Government of El Salvador has no observations to make on the preliminary question of whether the Nicaraguan application falls within the jurisdiction of the Chamber or that of the full Court."

What main conclusions can be drawn from these views of the initial Parties? In the first place, it is quite clear that their general attitude is not favourable to that aspect of Nicaragua's Application that relates to its request that the full Court, not the Chamber, should consider its suggestions regarding a possible reformation of the Chamber or reformulation of its mandate, and that they are, to put it bluntly, not in favour of any intervention by Nicaragua in the case. Could such a negative attitude have some impact upon the way in which the Applicant's request may be considered by the Chamber in its present composition? In theory, there could not be any such impact as all the members of a chamber, including the judges *ad hoc*, are independent of the parties and preserve their full impar-

compétence *ratione materiae* qui lui a été conférée reviendrait à assujettir totalement la volonté souveraine de la partie intervenante à celle des parties initiales telle que celle-ci est reflétée dans la composition de la Chambre. »

La Cour ne pouvait pas ne tenir aucun compte des arguments du requérant et, par une décision purement administrative, se contenter de transmettre la requête au président de la Chambre sans l'examiner. Par sa décision du 14 décembre 1989, comme il ressort de la présente ordonnance, la Cour a donné aux deux Parties à l'affaire :

« la possibilité de lui présenter leurs observations sur la question ... soulevée [par le Nicaragua], celle de savoir s'il doit être statué sur la requête à fin d'intervention par la Cour plénière ou par la Chambre... »

En vertu de la même décision du 14 décembre 1989, copie de ces observations a été communiquée au Nicaragua qui a alors présenté de nouvelles observations. Dans les observations du Honduras datées du 15 janvier 1990, le Gouvernement hondurien a informé la Cour qu'à son avis « la Cour plénière n'est pas compétente pour connaître de l'affaire qui oppose le Honduras et El Salvador... » et que « la requête à fin d'intervention du Nicaragua doit être examinée par la Chambre et non par la Cour plénière ».

Le Gouvernement salvadorien, dans ses observations du 8 janvier 1990, a fait part à la Cour de son intention « de s'opposer à la requête à fin d'intervention du Nicaragua, y compris la demande tendant à une reconstitution de la Chambre... » Toutefois, bien que s'opposant ainsi à l'intervention du Nicaragua et à la reconstitution de la Chambre proposée par celui-ci, El Salvador n'a pas, à l'instar du Honduras, exclu par principe la possibilité que la Cour plénière puisse examiner la requête du Nicaragua. El Salvador a formulé l'opinion suivante :

« Estimant que les raisons de s'opposer à la requête sont tout aussi valables devant la Cour plénière que devant la Chambre, le Gouvernement d'El Salvador n'a pas d'observations à formuler sur la question préliminaire de savoir si la requête du Nicaragua relève de la compétence de la Chambre ou de celle de la Cour plénière. »

Quelles sont les principales conclusions à tirer de ces vues des Parties initiales ? En premier lieu, il est tout à fait clair qu'en gros ces Parties ne sont pas favorables à la requête du Nicaragua en tant qu'elle demande que la Cour plénière, et non la Chambre, examine ses propositions concernant une éventuelle reconstitution de la Chambre ou une redéfinition de son mandat, et qu'à franchement parler elles ne sont pas favorables à une intervention du Nicaragua dans l'affaire. Cette attitude négative peut-elle avoir un impact sur la manière dont la requête du Nicaragua pourra être examinée par la Chambre dans sa composition actuelle ? En théorie, c'est exclu, car tous les membres d'une chambre, y compris les juges *ad hoc*, sont indépendants des parties et gardent une totale impartialité pendant

tiality during the whole of the proceedings in the case. Nobody, of course, should still be mindful of the procedural positions of the Parties during the formation of the chamber, and the various options available to them at that time. The same considerations hold good for all chambers and might be only slightly more specific in case of chambers formed on the basis of a *compromis*. Parties which have agreed by *compromis* to submit their dispute to a chamber may, if they both are not satisfied with the course of the proceedings or with the intermediate decisions of the chamber, put an end to it by a simple withdrawal of their *compromis* — although, in theory, the fact that this possibility exists can in no way exert pressure on the chamber. However, the problem is whether it is right that a State which has to protect what may be vital interests, and which finds itself in procedural circumstances like those currently affecting the procedural position of Nicaragua, should find itself entirely at the mercy of a theoretical construction of this kind. I am of the opinion that the Court, taking account of all the circumstances of the case and of the different submissions made in the Nicaraguan Application which, as was shown earlier, goes far beyond a simple request for permission to intervene and raises issues with which the Chamber is not competent to deal, should itself give the Applicant an opportunity to defend its own position before it in oral proceedings — or at least to defend its position with regard to the procedural issues. I think that such an attitude on the part of the Court would be particularly justified in that its governing documents provide it with no direct indications as to how to deal with an application for permission to intervene in a case pending before a chamber, in the event that such an application simultaneously makes a request for the reformation of that same chamber[1]. Any decision of the Court will accordingly establish an important precedent for future practice. This is why its decision on this matter should be based, not merely on a set of formal rules relating exclusively to simple requests for permission to intervene, but on a thorough analysis of all the procedural situations brought into being by Nicaragua's requests and on a complete disclosure of the real procedural positions of each Party involved.

[1] This lacuna in the guiding documents of the Court is quite understandable, however, as the Statute of the Court and the Rules of Court (even the most recent 1978 version) were elaborated and adopted at a time when *ad hoc* chambers for the most part did not exist. It is well known that, if procedural rules are to be both sound and helpful, they must be developed on the basis of prolonged practical experience and embody the sum total of such experience. The theoretical elaboration of the present rules in this field was mainly based on the good intention of making it easier for States to attain a peaceful settlement of their disputes while enhancing the activity of the International Court of Justice. It is significant that it is precisely the practical experience of recent chamber cases that has aroused interest in this useful and promising institution among the judges of the International Court of Justice (see dissenting opinion of Judge Shahabuddeen to this Order, p. 21, *infra*, footnote).

toute la durée de la procédure. Personne bien sûr ne devrait garder à l'esprit les positions adoptées par les Parties sur la procédure durant la constitution de la chambre et les diverses options qui s'offraient à elles à l'époque. Ces considérations valent pour toutes les chambres et sont peut-être seulement un peu plus pertinentes s'agissant des chambres constituées sur la base d'un compromis. Des parties qui sont convenues par le biais d'un compromis de soumettre leur différend à une chambre peuvent, si toutes deux ne sont pas satisfaites du déroulement de la procédure ou des décisions interlocutoires de la chambre, mettre fin à la procédure simplement en retirant leur compromis — quoique en théorie l'existence de cette possibilité ne puisse en aucune manière exercer une pression sur la chambre. Toutefois, le problème est de savoir s'il est juste qu'un Etat qui doit protéger des intérêts peut-être vitaux et qui se trouve dans une situation procédurale telle que celle où se trouve actuellement le Nicaragua se retrouve totalement à la merci d'une construction théorique de ce type. J'estime que la Cour, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et des diverses conclusions formulées par le Nicaragua dans sa requête, qui, comme je l'ai montré, va beaucoup plus loin qu'une simple requête à fin d'intervention et soulève des questions sur lesquelles la Chambre n'est pas compétente pour statuer, devrait elle-même donner au requérant la possibilité de défendre sa position devant elle dans le cadre d'une procédure orale — à tout le moins pour ce qui est des questions de procédure. Je pense qu'une telle attitude de la part de la Cour serait d'autant plus justifiée que les documents qui la régissent ne donnent à la Cour aucune indication expresse quant à la manière d'agir lorsqu'elle reçoit une requête à fin d'intervention dans une affaire pendante devant une chambre lorsque cette requête contient aussi une demande de reconstitution de ladite chambre [1]. La décision que prendra la Cour sur cette question créera donc un précédent important pour la pratique future et c'est pourquoi elle devrait se fonder non seulement sur un ensemble de règles formelles qui concernent exclusivement les requêtes à fin d'intervention ordinaires, mais aussi sur une analyse approfondie de toutes les situations procédurales auxquelles les demandes du Nicaragua ont donné naissance et sur une explication exhaustive par chacune des Parties en cause de ses positions réelles en ce qui concerne la procédure.

[1] Cette lacune dans les documents de base de la Cour est toutefois bien compréhensible, car le Statut de la Cour et son Règlement (même la version la plus récente, celle de 1978) ont été élaborés et adoptés à une époque où les chambres *ad hoc* n'existaient pratiquement pas. On sait bien que pour que des règles de procédure soient à la fois cohérentes et utiles elles doivent être élaborées sur la base d'une expérience pratique prolongée et traduire la totalité de cette expérience. L'élaboration théorique des dispositions actuelles du Règlement dans ce domaine s'est fondée principalement sur l'intention louable de permettre plus facilement aux Etats de régler pacifiquement leurs différends tout en développant l'activité de la Cour internationale de Justice. Il est significatif que ce soit précisément l'expérience concrète d'affaires récentes devant des chambres qui ait éveillé l'intérêt des membres de la Cour internationale de Justice pour cette institution utile et prometteuse (voir l'opinion dissidente de M. Shahabuddeen jointe à la présente ordonnance, ci-après p. 21, note de bas de page).

Unfortunately, the Court was satisfied with very short (one or two pages) written observations of El Salvador and Honduras and those States were, moreover, in accordance with the decision of the Court, permitted to deal only with the one question of "whether the Application for *permission to intervene* . . . [was] to be decided by the full Court or by the Chamber" (emphasis added). The Court did not invite the Parties in the case to express their opinions regarding the proposed reformation of the Chamber and the other procedural questions raised in the Application.

Under such circumstances, I am convinced that oral proceedings with the participation of all the States concerned are more than necessary. However, the Order of the Court is in fact *based only on the view of one State* out of the three which were permitted to submit their observations, i.e., on the view of Honduras. As has been shown, El Salvador evaded the question put to it merely by saying that "the Government of El Salvador has no observations to make". Nicaragua once again reiterated its earlier submission that "the full Court has the competence to decide the issue raised . . . and in the circumstances of this case should decide in favour of exercising that competence".

I am convinced that such differences of opinion should have been seen as an additional reason for the Court to hold hearings. I am also aware of yet another consideration in support of this view. According to Article 27 of the Statute, a judgment given by an *ad hoc* chamber is to be considered as rendered by the full Court. As a result of the present Order adopted by a majority of judges, the Applicant will have no more than two possible courses of action — it can either abandon its intention of preserving and defending its interests against possible violation as a result of judicial processes in the International Court of Justice or it can submit its Application to the Chamber. If it opts for the latter course, the Applicant will have to abide by the decision of five judges, only two of whom are Members of the Court, but whose decision will have the status of a judgment of the Court. In the event that permission to intervene is summarily rejected, or if the judgment on its merits fails to provide a proper safeguard of its lawful interests as an intervening Party, the Applicant will not be able to appeal, as the Court's judgment will have been rendered!

However, in theory, it might be possible in such a situation for the judgment to be adopted by a majority of non-members of the Court, with both Members of the Court voting against it. This possibility is no mere paradox — there are very important practical consequences for the Applicant. If the case were not to be considered by a chamber of the Court but by an Arbitration Tribunal, and if the decision of that Tribunal were to be seen by the third State as harmful to its interests, such a State would have the possibility of trying to defend those interests before the International Court of Justice, regardless of the fact that the Tribunal in question might have consisted entirely of Members of the International Court. However since, in the instant case, the Parties have decided not to submit their dispute to arbitration, but to refer it to a chamber of the Court, the third State is automatically deprived of that recourse to the full Court. Only as a

Malheureusement, la Cour s'est satisfaite d'observations écrites très brèves (une ou deux pages) d'El Salvador et du Honduras, et les Etats en question n'ont de plus été autorisés à traiter, en vertu de la décision de la Cour, que de la seule question de savoir « si c'est la Cour plénière ou la Chambre qui doit statuer sur la requête *à fin d'intervention* » (les italiques sont de moi). La Cour n'a pas invité les Parties en cause à exprimer leur opinion sur une éventuelle reconstitution de la Chambre et les autres questions procédurales abordées dans la requête.

Dans ces conditions, je suis convaincu qu'une procédure orale à laquelle participeraient tous les Etats concernés est plus que nécessaire. Néanmoins, l'ordonnance de la Cour est en fait *fondée sur l'opinion d'un seul* des trois Etats qui ont pu présenter leurs observations, à savoir l'opinion du Honduras. Comme on l'a montré, El Salvador a éludé la question qui lui était posée en se contentant de dire : « le Gouvernement d'El Salvador n'a pas d'observations à formuler ». Le Nicaragua a réitéré l'opinion qu'il avait déjà exprimée, à savoir que « c'est la Cour plénière qui est compétente pour trancher la question ... et, dans les circonstances de l'espèce, elle devrait décider d'exercer cette compétence ».

Je suis convaincu que ces divergences d'opinions auraient dû être considérées comme une raison supplémentaire pour la Cour de tenir des audiences. Et une autre considération me conforte dans cette conviction. Selon l'article 27 du Statut, un arrêt rendu par une chambre *ad hoc* est considéré comme rendu par la Cour plénière. Du fait de l'adoption de la présente ordonnance par une majorité des membres de la Cour, il ne restera au requérant que deux possibilités : il pourra soit renoncer à sauvegarder et défendre ses intérêts contre une éventuelle violation résultant d'une procédure judiciaire devant la Cour internationale de Justice, soit soumettre sa requête à la Chambre. S'il choisit cette dernière possibilité, il devra respecter la décision de cinq juges dont deux seulement sont membres de la Cour mais dont la décision aura néanmoins le statut d'arrêt de la Cour. Si sa requête à fin d'intervention est sommairement rejetée, ou si l'arrêt sur le fond ne sauvegarde pas convenablement ses intérêts légitimes en tant que Partie intervenante, le requérant ne pourra se pourvoir en appel, étant donné que l'arrêt de la Cour aura été rendu !

Pourtant, en théorie, il serait possible dans une telle situation que l'arrêt soit adopté par une majorité de juges non membres de la Cour, les deux membres de la Cour votant contre. Une telle possibilité n'est pas seulement un paradoxe — il y a des conséquences pratiques très importantes pour le requérant. Si l'affaire ne devait pas être examinée par une chambre de la Cour mais par un tribunal arbitral, et si un Etat tiers considérait la décision comme préjudiciable à ses intérêts, cet Etat aurait la possibilité d'essayer de défendre ces intérêts devant la Cour internationale de Justice, alors même que le tribunal en question aurait pu être composé exclusivement de membres de la Cour. Néanmoins, puisqu'en l'espèce les Parties ont décidé de ne pas soumettre leur différend à l'arbitrage mais de le porter devant une chambre de la Cour, l'Etat tiers est automatiquement privé de ce recours devant la Cour plénière. Ce n'est qu'à l'issue d'une

result of hearings, with the full participation of all the States concerned and in which all those States would have had equal procedural rights, could the Court have properly arrived at a prima facie conclusion as to whether or not there were any possibilities of intrusion into the sphere of interests of the third State. Were it to have found that there were no such possibilities, it might have rejected the submissions of the State seeking permission to intervene without referring its Application to the Chamber.

At the same time, the Court could have given some kind of assurance to the Applicant that its lawful rights would not be adversely affected (as was given to Italy in the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case). If, on the contrary, the Court were to have found that certain interests of the third State could be called into question or directly threatened by a decision of the Chamber given as between the initial Parties, the Court would have been able to establish, in consultation with the President of the Chamber and those same Parties, such procedural guarantees as would effectively have enabled that State to defend its rights. While both the Parties to the main dispute and the Applicant have expressed, in a preliminary form, their very different views on the question of where the Application should be dealt with, one cannot exclude the possibility that they might have been able, with the help of the Court, to find some mutually acceptable compromises in the course of oral proceedings.

My vote against the present Order constitutes a reflection of my sincere hope that the decision of the Court, contained in this Order, will not be given the status of a precedent, serving to preclude — on purely formalistic grounds — any possibility of the Court considering questions relating to cases being dealt with by chambers but which those chambers are not able to resolve. Any such justification of future inaction could not only lead to a depreciation of the Court's own role, but might also bring about an unfortunate depreciation of the functioning of chambers by placing an insurmountable barrier between them and the full Court and, as a consequence, estranging them from the principal judicial organ of the United Nations. If that happened, *ad hoc* chambers would be transformed into some kind of hybrid between international judicial process and arbitration.

(Signed) Nikolai K. TARASSOV.

---

procédure orale, à laquelle tous les Etats concernés auraient pleinement participé en bénéficiant de droits égaux en matière de procédure, que la Cour aurait pu à bon droit aboutir à une conclusion *prima facie* sur le point de savoir s'il y avait des risques d'intrusion dans la sphère d'intérêts de l'Etat tiers. Si elle avait conclu à l'absence de tels risques, elle aurait pu rejeter les conclusions de l'Etat demandant à intervenir sans renvoyer sa requête à la Chambre.

En même temps, la Cour aurait pu d'une manière ou d'une autre donner au requérant l'assurance qu'il ne serait pas porté atteinte à ses droits légitimes (comme elle l'a fait pour l'Italie dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*. Si au contraire elle avait conclu que certains intérêts de l'Etat tiers pouvaient être mis en cause ou directement menacés par une décision rendue par la Chambre à l'égard des Parties initiales, la Cour aurait pu, en consultation avec le président de la Chambre et lesdites Parties, établir des garanties procédurales permettant effectivement audit Etat de défendre ses droits. Si tant les Parties au différend principal que le requérant ont exprimé, à titre préliminaire, des opinions très différentes quant à l'instance devant connaître de la requête, on ne peut exclure qu'ils eussent pu, avec l'aide de la Cour, trouver des compromis mutuellement acceptables durant la procédure orale.

Mon vote contre la présente ordonnance traduit mon espoir sincère que la décision de la Cour que concrétise cette ordonnance ne se verra pas accorder le caractère de précédent, servant à exclure — pour des motifs purement formalistes — toute possibilité que la Cour puisse examiner des questions concernant les affaires dont sont saisies des chambres mais que ces chambres ne peuvent résoudre. Justifier ainsi une inaction future pourrait non seulement entraîner une dévalorisation du rôle de la Cour elle-même, mais aussi une regrettable dévalorisation du mécanisme des chambres, en plaçant une barrière insurmontable entre celles-ci et la Cour plénière et, par voie de conséquence, en les coupant de l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Si cela devait arriver, les chambres *ad hoc* seraient transformées en une sorte d'hybride à mi-chemin entre le processus judiciaire international et l'arbitrage.

(Signé) Nikolai K. TARASSOV.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

The *ad hoc* chamber system established in 1945 by Article 26, paragraph 2, of the Statute of the Court is a valuable one. I make it clear at the outset that the burden of this dissenting opinion is concerned not with the system as so established, but only with certain related procedural arrangements adopted in 1972 and first utilized in 1982. In my view, the Nicaraguan Application arises from, and illustrates, the existence of certain problems in these procedural arrangements. If these problems are resolved, it will be possible for the *ad hoc* chamber system to exercise the authority of the Court more credibly and more convincingly than it can at the moment, and so more effectively fulfil the expectations alike of the founders of the system as of States which have recourse to it, including States wishing to exercise their right under the Statute to apply for permission to intervene in cases pending before such a chamber. To what problems am I then referring?

Judged objectively and by universally accepted judicial standards, the selection of its members having been substantially determined or influenced by the Parties under the procedural arrangements referred to, the Chamber in this case cannot, in my respectful view, discharge the functions of the International Court of Justice, in its character as a court of justice, in relation to an application by a non-party for permission to intervene in the case pending before it. By itself disclaiming jurisdiction and instead leaving the Applicant with no recourse except to the Chamber, the Court effectively denies the Applicant its right to have its Application under Article 62 of the Statute judicially determined in the ordinary way. If, as I consider, this is the reality, the legality of the arrangements which produce so seemingly unacceptable a result would appear to be squarely in issue, with important questions unavoidably arising as to the fundamental nature of the Court itself and its relationship with its chambers. I have given careful thought to the possibility of discovering some way of reconciling my thinking on these matters with the position taken by the Court in the Order made by it today. It is with much regret, courtesy and respect that I find that I have the misfortune to conclude that the existing procedural arrangements for forming *ad hoc* chambers are not valid, but that, if they are, Nicaragua's Application for permission to intervene should have been heard and determined by the full Court. My reasons for so holding are given in Parts I to VI as to the first point, and in Part VII as to the second.

OPINION DISSIDENTE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

Le système des chambres *ad hoc* institué en 1945 par l'article 26, paragraphe 2, du Statut de la Cour est un système utile. Je précise d'emblée que, pour l'essentiel, la présente opinion dissidente concerne non le système ainsi créé, mais uniquement certaines dispositions procédurales connexes adoptées en 1972 et utilisées pour la première fois en 1982. A mon avis, la requête du Nicaragua découle, et est une illustration, de l'existence de certains problèmes en ce qui concerne ces dispositions procédurales. Si ces problèmes sont résolus, le système des chambres *ad hoc* pourra exercer l'autorité de la Cour de manière plus crédible et plus convaincante qu'il ne le peut en ce moment, et ainsi répondre plus effectivement à l'attente tant de ceux qui l'ont créé que des Etats qui y ont recours, y compris les Etats désireux d'exercer le droit que leur confère le Statut d'intervenir dans des affaires pendantes devant une chambre. Quels sont donc ces problèmes ?

Considérée objectivement et selon des normes judiciaires universellement acceptées, le choix de ses membres ayant été substantiellement déterminé ou influencé par les parties en vertu des dispositions procédurales susvisées, la Chambre ne peut en l'espèce, je le dis avec respect, s'acquitter des fonctions de la Cour internationale de Justice en sa qualité de cour de justice, pour ce qui est d'une requête à fin d'intervention dans l'affaire dont elle est saisie. En déclinant elle-même sa compétence et en ne laissant au requérant d'autre recours que devant la Chambre, la Cour prive effectivement ce dernier du droit qui est le sien de voir la requête qu'il a présentée en vertu de l'article 62 du Statut tranchée judiciairement de la manière ordinaire. Si, comme c'est mon avis, telle est la réalité, il semblerait que soit directement en cause la légalité des dispositions qui produisent un résultat qui semble inacceptable, des questions importantes se posant inévitablement quant à la nature fondamentale de la Cour elle-même et à ses relations avec ses chambres. J'ai soigneusement réfléchi à la possibilité de concilier mon opinion sur ces questions avec la position adoptée par la Cour dans l'ordonnance qu'elle a rendue aujourd'hui. C'est avec beaucoup de regret, de courtoisie et de respect que j'en arrive malheureusement à conclure que les dispositions procédurales régissant la constitution des chambres *ad hoc* ne sont pas valides, mais que, si elles le sont, c'est la Cour plénière qui aurait dû statuer sur la requête à fin d'intervention du Nicaragua. J'expose les raisons de mon opinion de la première à la sixième partie quant au premier point, et dans la septième partie quant au second.

PART I. PRELIMINARY

The Court's Dilemma

The finding of the Court that it is for the Chamber to deal with Nicaragua's Application is based essentially on the ground that the Chamber was formed to deal with the particular case and must also deal with proceedings incidental to it. In the normal case, I would agree. But, in the circumstances of this case, is the decision as logical as the Court suggests? Under the Court's own Rules, as amended in 1972 and revised in 1978, apart from two of the five members of the Chamber being *ad hoc* judges appointed as of right by the existing Parties, the remaining three were elected by the full Court to the Chamber after the Court had taken into account the views of the existing Parties as to the particular Members of the Court who should be so elected. Whether it is in fact so or not — and it is the Court which knows best — the Applicant is entitled to, and, as appears from its Application and written arguments, clearly does, entertain a reasonable apprehension that the three Members so elected were elected in conformity with the expressed wishes of the existing Parties. In substance, therefore, the Applicant is being told by the Court that it has no option but to submit to a Chamber all of whose five members it is reasonably entitled to feel have been practically hand-picked by the existing Parties. Conceivably, Nicaragua may nevertheless accept that option and go to the Chamber, and, if it does so, its Application may conceivably be granted by the Chamber. However, this possibility cannot affect the legal situation, as I see it. For it is not difficult to see why Nicaragua has not so far gone to the Chamber and why it has in fact come to the full Court — an attitude which is in itself the first practical illustration of how far an interested non-party State is likely to regard such a chamber as a legitimate manifestation of the Court. When its presentation is fairly read, Nicaragua obviously takes the view that the Chamber, as it stands, cannot discharge the functions of the International Court of Justice, considered as a court of justice, in relation to itself. That that is the central issue, inescapably presented, seems plain to me. Without first dealing with that issue, it is, in my view, logically impossible to make an intelligent appreciation of the problems raised by Nicaragua's Application.

I have nevertheless asked myself whether it could persuasively be said that this is not the appropriate moment to consider the matter. However, if it is not, I have difficulty in seeing what moment will be appropriate so long as the system continues to operate. On the other hand, should the system cease to operate, it could hardly then be judicially appropriate to consider the matter: it would have become academic. Passivity at this stage is not a guarantee against the occurrence of other and possibly graver problems yet to come, for the implications of the new system cut so deep and run so wide as inevitably to surface one day or another as an issue demanding not to be ignored. I believe that day has come. To fail to

PREMIÈRE PARTIE. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Le dilemme de la Cour

C'est essentiellement au motif que la Chambre a été constituée pour connaître de l'affaire en question et doit aussi connaître des procédures incidentes que la Cour a conclu que c'est à la Chambre qu'il appartient de connaître de la requête du Nicaragua. Normalement, je serais d'accord. Mais, dans les circonstances de l'espèce, cette décision est-elle aussi logique que la Cour le suggère ? En vertu du propre Règlement de la Cour, tel qu'il a été modifié en 1972 et revisé en 1978, outre que deux des cinq membres de la Chambre sont des juges *ad hoc* désignés de droit par les Parties initiales, les trois autres membres ont été élus à la Chambre par la Cour plénière après que celle-ci eut tenu compte des vues des Parties quant à ceux de ses membres qui devaient être élus. Que cela soit en fait ainsi ou non — et la Cour est la mieux placée pour le savoir — le requérant a raisonnablement le droit de craindre — et il ressort clairement de sa requête et de ses écritures que tel est le cas — que les trois membres ainsi élus l'aient été conformément aux vœux exprimés par les Parties initiales. Donc, en substance, la Cour dit au requérant qu'il n'a d'autre choix que de placer son sort entre les mains d'une chambre dont il est raisonnablement fondé à penser que les cinq membres ont tous été pratiquement choisis par les Parties initiales. On peut concevoir que le Nicaragua aille néanmoins devant la Chambre et, s'il le fait, on peut concevoir que celle-ci fasse droit à sa requête. Une telle possibilité ne peut toutefois affecter la situation juridique telle que je la conçois. Car, il n'est pas difficile de voir pourquoi jusqu'ici le Nicaragua n'est pas allé devant la Chambre et pourquoi il est en fait venu devant la Cour plénière — une attitude qui en soi illustre pour la première fois combien il est peu probable qu'un Etat non partie intéressée considère une telle chambre comme une incarnation légitime de la Cour. Lues en toute équité, ses écritures montrent à l'évidence que le Nicaragua considère que la Chambre, telle qu'elle est composée, ne peut exercer à son égard les attributions de la Cour internationale de Justice. Que cela soit la question centrale, qu'on ne peut éluder, me semble manifeste. Faute d'envisager d'abord cette question, il est à mon avis logiquement impossible d'apprécier intelligemment les problèmes que pose la requête du Nicaragua.

Je me suis néanmoins demandé si l'on pouvait dire de manière convaincante que le moment n'est pas approprié pour examiner la question. Mais, si le moment n'est pas approprié, je vois mal quand il le sera aussi longtemps que le système continue de fonctionner. D'autre part, si le système cessait de fonctionner, il ne serait guère approprié, d'un point de vue judiciaire, d'examiner la question : elle serait alors académique. La passivité ne garantit pas à ce stade que d'autres problèmes, peut-être plus graves, ne surviendront pas à l'avenir, car les conséquences du nouveau système sont si radicales et si vastes qu'elles ne manqueront pas d'apparaître un jour ou l'autre comme une question exigeant qu'on s'y arrête. Je pense que ce jour

consider the matter now would be but sad proof of the common observation that an innovation, once allowed, gathers momentum which progressively subdues any inclination to inquire, sometimes to the point of producing misgiving that the very assertion of a right to do so might be received with surprise and disbelief. Often, indeed, it is the law which reconciles itself to reality. Still, cases may arise in which that reconciliation cannot be made — cases, for example, in which the application by the Court of a text taken at its received face value yields a result so deeply offensive to basal norms of justice as to make it impossible for the Court responsibly to avert its gaze from the necessity to examine the foundations of the system which leads to that result. It seems to me that here is such a case.

In a highly regarded statement the Court some three decades ago enunciated the reassuring and important principle that the "Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity" (*Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963*, p. 29). If, as I believe, this was not mere judicial rhetoric, that duty rests throughout with the Court and must be discharged by it whether or not invoked by a party (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971*, p. 323, *per* Judge Gros, dissenting). No doubt, the Court is not required gratuitously to examine problems which are not fairly raised by the circumstances of a case. But I cannot think that that is the situation here.

The problem in this case is, of course, of an institutional character: I state most distinctly that it has nothing whatever to do with the integrity of the very distinguished members of the Chamber. However, it does have everything to do with fundamental concepts of justice. The leading principle, and its applicability to this Court, are not, I think, in doubt. It was cited by Judge Lachs in an admirable reassessment of his earlier stand on the question whether an applicant for permission to intervene should have been heard even if its application was inadmissible. As he recalled, "It is, after all, 'of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done' (Lord Hewart in *The King* v. *Sussex Justices*, ex parte *McCarthy*, 1 K.B. [1924], pp. 256 and 259)" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America) (I.C.J. Reports 1986*, p. 171). That principle goes to the root of the claim of the Court to be considered as a court of justice. This being so, the duty of the Court, as the avowed guardian of its own integrity, to consider the implications of that principle in this case does not depend on whether the principle has been specifically invoked by the Applicant: it depends on whether it is presented by the facts themselves. I think it is. As it happens, however, the concern of the Applicant on the point is apparent both from its Application and from its

est venu. Ne pas examiner la question maintenant tendrait malheureusement à prouver l'exactitude de l'observation courante selon laquelle, une fois qu'elle a été permise, toute innovation acquiert une force d'inertie qui étouffe progresssivement toute inclination à demander des explications, parfois au point de susciter la crainte que l'affirmation même d'un droit à le faire puisse être accueillie avec surprise et incrédulité. Souvent, de fait, c'est le droit qui se réconcilie avec la réalité. Pourtant, cette réconciliation peut dans certains cas n'être pas possible — par exemple lorsque l'application littérale d'un texte par la Cour aboutit à un résultat qui bafoue si ouvertement les normes fondamentales de la justice qu'il est impossible pour la Cour de détourner en toute responsabilité son regard de la nécessité d'examiner les fondements du système qui aboutit à ce résultat. Il me semble que tel est le cas en l'occurrence.

Il y a environ trente ans la Cour avait, par une déclaration qui lui avait valu la plus haute considération, énoncé le principe rassurant et important selon lequel c'est à « la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire » (*Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Si, comme je le pense, ce n'était pas là seulement de la rhétorique judiciaire, cette obligation s'impose à la Cour tout au long de la procédure et la Cour doit s'en acquitter, qu'une des parties l'ait ou non invoquée (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, opinion dissidente de M. Gros, p. 323). Bien sûr, la Cour n'est pas tenue d'examiner gratuitement des problèmes qui en toute équité ne sont pas soulevés par les circonstances d'une affaire. Mais je ne peux penser que tel est le cas en l'espèce.

Le problème en l'espèce est bien sûr d'ordre institutionnel: j'affirme avec force qu'il ne s'agit en rien de l'intégrité des membres très éminents de la Chambre. Mais il s'agit au premier chef de certaines notions fondamentales de justice. Il n'y a aucun doute, je pense, quant au principe directeur et à son applicabilité à la Cour. Il a été invoqué par M. Lachs à l'occasion d'une réévaluation admirable de la position qu'il avait antérieurement défendue sur la question de savoir si l'auteur d'une requête à fin d'intervention aurait dû être entendu même si sa requête était irrecevable. Comme il l'a rappelé: « en définitive, il est d'une « importance fondamentale non seulement que justice soit faite mais qu'il apparaisse manifestement et indubitablement que justice a été faite » (lord Hewart dans *The King* v. *Sussex Justices*, ex parte *McCarthy*, 1 K.B. [1924], p. 256 et 259) » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1986*, p. 171). C'est essentiellement par l'effet de ce principe que la Cour peut prétendre à être considérée comme une cour de justice. Cela étant, le devoir de la Cour, en tant que gardienne déclarée de sa propre intégrité, d'envisager les effets de ce principe dans la présente affaire ne dépend pas du fait que le requérant l'ait ou non expressément invoqué: ce devoir dépend du fait que le principe est mis en lumière par les circonstances elles-mêmes. Je pense qu'il

written arguments as presented in the letter to the Registrar from its Agent of 1 February 1990: the Applicant clearly considers — and this indeed is the heart of its contention — that the methods by which the Chamber has been formed do not allow it to function as a court of justice in relation to the Applicant's case.

The vice, then, in which the Court is held is this. Regardless of ultimate results, the Applicant has a right under Article 62 of the Court's Statute to apply for permission to intervene. However, while closing its own doors to the Applicant, the full Court is unable, in my view, to indicate any judicially acceptable alternative forum to which the Applicant may turn. In consequence, the Applicant is effectively denied its right to have its Application for permission to intervene judicially considered.

If, as I think, this is the dilemma in which the Court is caught, I am not able to see how it could be possible to avoid examining the legality of the arrangements from which that dilemma springs[1]. The line between judicial restraint and judicial abdication has to be observed if a judge's judicial mission is to be fulfilled. For myself, I fear it would be a transgression of that line to remain silent on the point. The justice of the case leaves me no defensible way in which I can avoid dealing with it. I proceed accordingly to consider it below. I am conscious of the length of that which ensues and can only hope that the importance of the matter furnishes some justification.

[1] The issue has been the subject of individual statements, made mostly out of Court, by a number of past and present Members of the Court, and from these I have benefited greatly and gratefully. See Judges Oda, Morozov and El Khani in the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Aera, I.C.J. Reports 1982*, pp. 10, 11 and 13 respectively; Eduardo Jiménez de Aréchaga, "The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 1973, Vol. 67, p. 1; B. A. S. Petrèn, "Some Thoughts on the Future of the International Court of Justice", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1975, Vol. 6, p. 59; Mohammed Bedjaoui, "Remarques sur la création de chambres *ad hoc* au sein de la Cour internationale de Justice", Société française pour le droit international, Colloque de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, pp. 73-78; Mohammed Bedjaoui, "Universalisme et régionalisme au sein de la Cour internationale de Justice: La constitution de chambres *ad hoc*", *Liber Amicorum, Colección de Estudios Juridicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Universidad de Oviedo, 1988, p. 155; Stephen M. Schwebel, "*Ad Hoc* Chambers of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 1987, Vol. 81, p. 831; Stephen M. Schwebel, "Chambers of the International Court of Justice Formed for Particular Cases", in Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, 1989, p. 739; Shigeru Oda, "Further Thoughts on the Chambers Procedure of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 1988, Vol. 82, p. 556; T. O. Elias, *The United Nations Charter and the World Court*, Lagos, 1989, pp. 16 and 203 ff.; and Hermann Mosler, "The *Ad Hoc* Chambers of the International Court of Justice: Evaluation after Five Years of Experience", in Dinstein, *op. cit.*, p. 449.

l'est. Le fait est néanmoins que le requérant semble manifester une certaine inquiétude sur ce point tant dans sa requête que dans les arguments qu'il a présentés par écrit dans la lettre que son agent a adressée au Greffier le 1er février 1990: il est clair que le requérant considère — et de fait, ceci est au cœur de son argumentation — que les méthodes utilisées pour constituer la Chambre ne permettent pas à celle-ci de fonctionner comme une cour de justice en ce qui le concerne.

La Cour se trouve ainsi devant un dilemme. Quel que soit le résultat final, le requérant a, en vertu de l'article 62 du Statut de la Cour, le droit de présenter une requête à fin d'intervention. Cependant, tout en fermant ses portes au requérant, la Cour plénière ne peut à mon avis lui indiquer aucune autre instance judiciaire acceptable vers laquelle se tourner. En conséquence, le requérant se trouve en fait privé de son droit à ce que sa requête à fin d'intervention soit examinée judiciairement.

Si, comme je le pense, tel est le dilemme devant lequel est placée la Cour, je ne vois pas comment elle pourrait éviter d'examiner la légalité des dispositions qui sont à l'origine de ce dilemme[1]. Un juge doit éviter de franchir la ligne qui sépare la réserve judiciaire de l'abdication s'il veut s'acquitter de sa mission. Je craindrais quant à moi de la franchir si en l'occurrence je demeurais muet sur cette question. La justice ne me laisse aucun moyen défendable d'éluder la question. Je vais donc l'examiner ci-après. Je suis conscient de la longueur des développements qui suivent et ne peux qu'espérer que l'importance de la question la justifie, dans une certaine mesure.

---

[1] Un certain nombre de membres de la Cour ont à titre individuel abordé ce sujet dans des déclarations faites pour la plupart hors de la Cour, dont j'ai pris connaissance avec grand profit et reconnaissance. Voir MM. Oda, Morozov et El Khani dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région du golfe du Maine* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 10, 11 et 13 respectivement); Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1973, vol. 67, p. 2; B. A. S. Petrén, « Some Thoughts on the Future of the International Court of Justice », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1975, vol. 6, p. 59; Mohammed Bedjaoui, « Remarques sur la création de chambres *ad hoc* au sein de la Cour internationale de Justice », Société française pour le droit international, colloque de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, p. 73-78; Mohammed Bedjaoui, « Universalisme et régionalisme au sein de la Cour internationale de Justice: La constitution de chambres *ad hoc* », *Liber Amicorum, Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Universidad de Oviedo, 1988, p. 155; Stephen M. Schwebel, « *Ad Hoc* Chambers of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1987, vol. 81, p. 831; Stephen M. Schwebel, « Chambers of the International Court of Justice Formed for Particular Cases », dans *International Law at a Time of Perplexity*, sous la direction de Y. Dinstein, 1989, p. 739; Shigeru Oda, « Further Thoughts on the Chambers Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1988, vol. 82, p. 556; T. O. Elias, *The United Nations Charter and the World Court*, Lagos, 1989, p. 16, 203 et suiv.; et Hermann Mosler, « The *Ad Hoc* Chambers of the International Court of Justice: Evaluation after Five Years of Experience », dans Dinstein, *op. cit.*, p. 449.

The Issues

The principal point concerns the operation of Article 17, paragraph 2, of the 1978 Rules of Court, which requires the President of the Court to ascertain and report to the Court the views of the parties regarding the composition of an *ad hoc* chamber before the Court elects Members of the Court to be members of the chamber to hear the particular case. It is not in question that, as Nicaragua has pointedly recalled, the intention was that, in those views, the parties were to be free to indicate "exactly which individual judges they desire on the Bench for that case" (Edvard Hambro, "Will the Revised Rules of Court Lead to Greater Willingness on the Part of Prospective Clients?", in Leo Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, 1976, Vol. 1, p. 368, cited in the letter to the Registrar from the Agent for Nicaragua of 1 February 1990). Does this arrangement open the door to an invasion by the parties of the proper province of the Court?

The available material shows beyond doubt that the framing of Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court 1978 (in substance Article 26, paragraph 1, of the Rules of Court as amended in 1972) was motivated by a desire "to accord to the parties", in the words of one of its principal architects, "a decisive influence in the composition of *ad hoc* Chambers" (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 2; and see *ibid.*, p. 21). The interesting mechanics employed in the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Constitution of Chamber* (*I.C.J. Reports 1982*, p. 3) only served to highlight the lengths to which this purpose could go. In that case, the parties made it unmistakably clear to the Court that the litigation would not proceed unless the selection, as well as the timing of the selection, of members of the chamber conformed in every material detail to their expressed wishes. And the Court did exactly as was required. It is scarcely worthwhile to seek to put a gloss on this as being other than the practical result of the plainly promulgated will of the parties. Is this speculation? Here is the declaration made by Judge Oda:

> "While I voted in favour of the Order, it should in my view have been made known that the Court, for reasons best known to itself, has approved the composition of the Chamber entirely in accordance with the latest wishes of the Parties as ascertained pursuant to Article 26, paragraph 2, of the Statute and Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court." (*Ibid.*, p. 10.)

The choice of language employed in Article 26, paragraph 1, of the Rules of Court 1972 might have led, on the one hand, to some obscuring of the possibility of the new provision being pressed to the extent to which it was later pressed in the *Gulf of Maine* case, and might, on the other hand, have been thought to leave open the possibility of an answering argument that notification of the views of the parties to the Court still left the Court

Les questions

Le point principal concerne l'application de l'article 17, paragraphe 2, du Règlement de la Cour tel qu'il a été modifié en 1978, qui prescrit au Président de s'informer des vues des parties au sujet de la composition de la chambre *ad hoc* et de rendre compte à la Cour avant que celle-ci n'élise les membres de la chambre qui connaîtra de l'affaire en cause. Il n'est pas contesté que, ainsi que l'a justement rappelé le Nicaragua, dans ces vues les parties devraient être libres d'indiquer « précisément quels juges particuliers elles souhaitent voir siéger dans l'affaire » en cause (Edvard Hambro, « Will the Revised Rules of Court Lead to Greater Willingness on the Part of Prospective Clients? », dans *The Future of the International Court of Justice*, sous la direction de Leo Gross, 1976, vol. 1, p. 368, cité dans la lettre du 1er février 1990 adressée au Greffier par l'agent du Nicaragua). Ce système ouvre-t-il la porte à un empiétement illicite des parties sur les prérogatives de la Cour?

Les documents disponibles démontrent de manière certaine que l'élaboration de l'article 17, paragraphe 2, de la version de 1978 du Règlement de la Cour (en substance l'article 26, paragraphe 1, du Règlement de la Cour tel qu'il a été amendé en 1972) était motivée par le désir, pour reprendre les termes d'un des principaux auteurs de cette disposition, d'« accorder aux parties une influence décisive dans la composition des chambres *ad hoc* » (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 2; et voir *ibid.*, p. 21). L'intéressant mécanisme utilisé dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, constitution de chambre (C.I.J. Recueil 1982*, p. 3) n'a fait que mettre en lumière jusqu'où pouvait aller ce désir. Dans cette affaire, les parties ont indiqué sans ambiguïté à la Cour que le procès ne pourrait se poursuivre que si le choix des membres de la Chambre, et le moment où ce choix devait intervenir, étaient conformes dans leurs moindres détails aux souhaits qu'elles avaient exprimés. Et la Cour a fait exactement ce qui lui était demandé. Il serait vain de vouloir nier que ceci n'est rien d'autre que le résultat pratique de la volonté ouvertement proclamée des parties. Est-ce pure spéculation? Voici la déclaration faite par M. Oda:

> « Quoique ayant voté pour l'ordonnance, j'estime qu'il eût fallu y indiquer que la Cour, pour les raisons qui lui sont propres, approuvait une composition de la chambre correspondant entièrement aux vues les plus récentes des Parties, telles qu'elles leur avaient été demandées conformément à l'article 26, paragraphe 2, du Statut et à l'article 17, paragraphe 2, du Règlement. » (*Ibid.*, p. 10.)

Les termes employés dans l'article 26, paragraphe 1, de la version de 1972 du Règlement de la Cour auraient pu, d'une part, entraîner une certaine occultation de la possibilité d'exploiter la nouvelle disposition dans la mesure où elle l'a été dans l'affaire du *Golfe du Maine*, et, d'autre part, être considérés comme laissant subsister la possibilité d'un argument en réponse, à savoir que la notification des vues des parties à la Cour laissait

with the final say on selection of personnel, as indeed it did: the Court can elect judges other than those proposed by the parties. But, to adopt the words of Judge Gros, an approach of this kind may not unfairly be regarded as resting on the "supposition that words can be used to suppress a problem rather than deal with it" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, p. 368). Delicacy in legislative formulation could not really conceal the fact that one way or another the parties were being conceded a substantial, if not indeed a "decisive", say in the selection of particular judges, for it could not be supposed that they were being accorded a right to express views which the Court was free entirely to disregard. Judge Jiménez de Aréchaga's statements leave no room for doubt on the point. Neither do those of Judge Petrén (B. A. S. Petrén, *loc. cit.*, p. 64).

Leaving aside the question of effective dictation, the question which arises — and it is desired to emphasize that this is the question — is whether the new Rules could, consistently with the Statute of the Court and the Charter of the United Nations, confer on the parties to a case a right to influence the election of regular Members of the Court to sit on an *ad hoc* chamber of the Court to hear and determine that particular case. For it is possible to grant the good faith of, and even to commend — as I do — the intention to promote the use of the Court, while respectfully asking whether the steps taken in pursuance of that intention resulted in the creation of a body different from any chamber authorized by the Statute. True, as was observed in 1972 by the then President of the Court, "there is nothing sacrosanct about the International Court of Justice itself in its present form and structure" (President Sir Muhammad Zafrulla Khan, speaking on the occasion of the fiftieth anniversary of the World Court, *I.C.J. Yearbook 1971-1972*, p. 139). As he noted, within the Court's Statute provision already existed, though not up to then utilized, for the appointment of *ad hoc* chambers. Clearly, however, if something was to be done to encourage use of that mechanism, it would be necessary to bear in mind that, while there might be nothing sacrosanct about the Court itself in its then form and structure, if that form and structure were in consequence to be changed, the prescribed procedure for effecting the change should be employed.

In addition to the foregoing question of constitutionality, a second and a third question consequentially arise. The second question concerns the validity of the amended Rules of Court in so far as they seek to give a judge elected to an *ad hoc* chamber a tenure which is greater than that of a judge not so elected. The third question concerns the power of the Court to reverse its previous decisions on the right of parties to influence the composition of *ad hoc* chambers, and to discontinue the practice which those decisions initiated. The first question is examined in Parts II and III. The second and third questions are examined in Parts IV and V respectively. Part VI sets out the general conclusions as to the status of the existing arrangements relating to *ad hoc* chambers. Part VII considers the Nicara-

à celle-ci, comme c'était de fait le cas, le dernier mot dans le choix des juges: la Cour peut élire d'autres juges que ceux proposés par les parties. Mais il ne serait pas injuste de considérer un tel raisonnement comme revenant à admettre que, pour citer M. Gros, « sous le voile des mots, on efface le problème plutôt qu'on ne le traite » (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 368). La délicatesse de formulation législative ne pouvait pas vraiment cacher que d'une manière ou d'une autre l'on concédait aux parties un rôle substantiel, sinon « décisif », dans le choix de certains juges, car on ne pouvait supposer que l'on accordait aux parties un droit d'exprimer des vues dont la Cour était libre de ne tenir aucun compte. Pas plus les déclarations de M. Jiménez de Aréchaga que celles de M. Petrén (B. A. S. Petrén, *loc. cit.*, p. 64) ne laissent de doute à cet égard.

Si on laisse de côté la question de la dictée effective, la question qui se pose — et l'on tient à souligner que telle est la question — est de savoir si les nouvelles dispositions du Règlement pourraient, tout en étant compatibles avec le Statut de la Cour et la Charte des Nations Unies, donner aux parties à une affaire le droit d'influencer l'élection de membres titulaires de la Cour à une chambre *ad hoc* de la Cour constituée pour connaître de ladite affaire. Car il est possible d'admettre que c'est de bonne foi qu'on a souhaité promouvoir le recours à la Cour et même — comme moi — s'en louer, tout en demandant respectueusement si les mesures prises à cet effet ont abouti à créer un organe différent des diverses chambres autorisées par le Statut. Il est exact, comme l'a observé en 1972 celui qui était alors le Président de la Cour, qu'« il n'y a rien d'immuable dans la constitution et la structure actuelles de la Cour internationale de Justice » (sir Muhammad Zafrulla Khan, discours prononcé à l'occasion du cinquantenaire de la Cour mondiale, *C.I.J. Annuaire 1971-1972*, p. 142). Comme le Président d'alors le notait, le Statut de la Cour contenait déjà des dispositions permettant de constituer des chambres spéciales, même si ces dispositions n'avaient pas encore été utilisées. Il est clair toutefois que s'il fallait faire quelque chose pour promouvoir l'utilisation de ce mécanisme, l'on aurait dû avoir à l'esprit que si la constitution et la structure d'alors de la Cour n'avaient rien d'immuable et devaient par voie de conséquence être modifiées, il fallait pour ce faire utiliser la procédure prescrite.

Outre cette question de constitutionnalité, une deuxième et une troisième question se posent par voie de conséquence. La deuxième concerne la validité des dispositions revisées du Règlement de la Cour dans la mesure où elles visent à donner à un juge élu à une chambre *ad hoc* une période de fonctions plus longue que celle d'un juge qui n'est pas ainsi élu. La troisième question concerne le pouvoir de la Cour de revenir sur ses décisions antérieures relatives au droit des parties d'influencer la composition des chambres *ad hoc*, et de mettre fin à la pratique que ces décisions ont créée. La première question est examinée dans les deuxième et troisième parties. Les deuxième et troisième questions sont examinées dans les quatrième et cinquième parties respectivement. La sixième partie

guan Application on the assumption that the existing Chamber is validly constituted.

Limits of the Court's Rule-Making Power

In a general sense, the matter turns on the limits of the rule-making power of the Court, and this aspect may accordingly be taken up in this Preliminary Part. Article 30, paragraph 1, of the Statute reads: "The Court shall frame rules for carrying out its functions. In particular, it shall lay down rules of procedure." Changes made in 1945 in the English text of the corresponding provision of the Rules of Court of the Permanent Court of International Justice were only intended to bring it into harmony with the previous French version (see Manley O. Hudson, "The Twenty-Fourth Year of the World Court", *American Journal of International Law*, 1946, Vol. 40, p. 28; and *P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, report by Sir Cecil Hurst, p. 758). Accordingly, recourse may be had to the learning relating to the earlier provision in elucidating the meaning of the existing provision. As a matter of necessity, the power conferred by the earlier provision was used to fill certain lacunae in the Statute (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 275). It could also cover questions of internal organization of the Court (*ibid.*, p. 270). And, no doubt, within any applicable limitations, the Court was free to determine the content of its Rules. It is not in issue, however, that —

> "[t]he chief object with which rules of procedure are made is to inform those who are responsible for the conduct of a case before the Court what steps have to be taken, and when and how, for the purpose of submitting that case to the decision of the Court" (report by Sir Cecil Hurst, *loc. cit.*).

It seems safe to assume that, as regards *ad hoc* chambers, the existing Statute left no lacunae which might require remedial exercise, on grounds of necessity, of the rule-making power of the Court. In this case, nothing was being filled in: something was being changed. Previously the selection of serving judges to be members of an *ad hoc* chamber rested with the Court to the strict exclusion of the parties. That was undoubtedly the legal position. And it was a position which involved no gaps waiting to be filled before the established mechanism could legally function (see René-Jean Dupuy, "La réforme du Règlement de la Cour internationale de Justice", *Annuaire français de droit international*, 1972, Vol. XVIII, p. 270). What was undertaken in 1972 was a modification of that mechanism with a view to making it more attractive to potential users. That did not involve the filling in of any legal lacuna. Nor could it be said that the change made could be justified as an exercise of the rule-making power of the Court in

contient des conclusions générales quant au statut du système actuel des chambres *ad hoc*. La septième partie examine la requête du Nicaragua dans l'hypothèse où la Chambre est validement constituée.

Limites du pouvoir réglementaire de la Cour

En termes généraux, la question est celle du pouvoir réglementaire de la Cour, et cet aspect peut en conséquence être abordé dans la présente partie préliminaire. L'article 30, paragraphe 1, du Statut est ainsi libellé : « La Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle règle notamment la procédure. » Les modifications apportées en 1945 au texte anglais de la disposition correspondante du Règlement de la Cour permanente de Justice internationale ne visaient qu'à harmoniser ce texte avec la version française antérieure (voir Manley O. Hudson, « The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, 1946, vol. 40, p. 28; et *C.P.J.I. série D, troisième addendum au n° 2*, rapport de sir Cecil Hurst, p. 758). En conséquence, on peut à bon droit recourir aux écrits doctrinaux relatifs à la disposition antérieure pour élucider le sens de la disposition actuelle. Par nécessité, la Cour permanente a utilisé le pouvoir que lui conférait la disposition antérieure pour combler certaines lacunes de son Statut (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 275), et aussi pour servir à régler des questions touchant son organisation interne (*ibid.*, p. 270). Et il n'est pas douteux que, dans les limites applicables, il était loisible à la Cour de déterminer le contenu de son Règlement. Toutefois, il n'est pas contestable que

> « le principal objet du Règlement est d'informer ceux qui ont la charge de conduire la procédure d'une affaire devant la Cour des mesures qui doivent être prises, ainsi que du moment et de la manière dont elles doivent l'être, afin de soumettre ladite affaire à la décision de la Cour » (rapport de sir Cecil Hurst, *loc. cit.*).

On peut sans risque supposer qu'en ce qui concerne les chambres *ad hoc* le Statut ne comportait pas de lacunes qu'il aurait été nécessaire que la Cour comblât en exerçant son pouvoir réglementaire. En l'espèce, on n'a comblé aucune lacune : on a changé quelque chose. Auparavant, le choix des juges appelés à siéger dans une chambre *ad hoc* relevait de la Cour, à l'exclusion totale des parties. Telle était indubitablement la situation juridique. Et il n'existait, dans cette situation, aucune lacune qu'il aurait été nécessaire de combler pour que le mécanisme établi puisse, en droit, fonctionner (voir René-Jean Dupuy, « La réforme du Règlement de la Cour internationale de Justice », *Annuaire français de droit international*, 1972, vol. XVIII, p. 270). Si on a, en 1972, modifié ce mécanisme pour le rendre plus attrayant pour les utilisateurs potentiels, il ne s'agissait en aucune manière de combler une lacune juridique. On ne peut non plus justifier cette réforme en disant que la Cour a exercé son pouvoir réglementaire

relation to matters of its internal organization. That power, as generally understood, does not comprehend power to confer rights on external entities over the Court's internal organization. The residual question then is whether the change could be justified as an exercise of the rule-making power in relation to litigation procedure.

To the question thus stated, the answer seems plainly "No". Nevertheless, it is proposed to examine the question, first, from the point of view of consistency of the character of an *ad hoc* chamber, as modified by the new Rules, with the substantive character of the Court as visualized by the Charter and laid down by the Statute, and, second and more specifically, from the point of view of consistency of the new Rules with the controlling provisions of Article 26 of the Statute. These two areas are dealt with in Parts II and III respectively.

PART II. CONSISTENCY OF THE CHARACTER OF *AD HOC* CHAMBERS AS MODIFIED BY THE NEW RULES WITH THE CHARACTER OF THE COURT

The single most important question in this matter is to what extent, if any, did the constitution of the Court visualize that parties to a case could have any influence in determining which Members of the Court should sit in that case. An understandable predisposition to assume a general right to exert some such influence is observable in the case of an international tribunal, as distinguished from a municipal court; and that predisposition, in a measure, probably underlies attitudes favourable to the new arrangements. But the precise answer to the question posed in the case of this particular Court must turn, I believe, on the exact juridical character of the Court and, by extension, of its chambers. In this respect, it seems to me that the essential distinction is that alluded to by Nicaragua in its reference to "the institutional conception of the Court as a judicial organ — and not one of arbitration . . ." (letter to the Registrar from the Agent for Nicaragua, 1 February 1990). I believe that distinction can bear retracing and emphasis.

That the Court is a court of justice is obvious. Yet it may be that in that very obviousness lurks a danger that the primal considerations involved may be taken for granted. So it is proposed to revisit briefly the historical character of the Court, not only with the object of regaining a feel for the real nature of the Court, but also with a view to determining whether the original concept still has validity, and, if it has, what are the limits of tolerable derogations from the norm. It is particularly important to do this for the reason that, although it would be wrong to view an international court of justice as if it were a carbon copy of a municipal court of justice, it would be equally misleading to suppose that there is a total absence of

pour régler des questions d'organisation interne. Tel qu'on l'entend généralement, ce pouvoir n'autorise pas la Cour à conférer des droits sur son organisation interne à des entités qui lui sont extérieures. Reste donc à savoir si cette modification du Règlement se justifiait en tant qu'exercice du pouvoir réglementaire en matière de procédure.

A la question ainsi posée, il semble que la réponse soit simplement «non». Toutefois, nous allons examiner cette question, premièrement du point de vue de la compatibilité de la nature d'une chambre *ad hoc*, telle que modifiée par les nouvelles dispositions du Règlement, avec la nature profonde de la Cour, telle que celle-ci a été envisagée par la Charte et définie par le Statut, et, deuxièmenent et plus spécialement, du point de vue de la compatibilité des nouvelles dispositions du Règlement avec les dispositions d'une force supérieure de l'article 26 du Statut. Ces deux questions sont examinées dans les deuxième et troisième parties respectivement.

DEUXIÈME PARTIE. COMPATIBILITÉ DU CARACTÈRE DES CHAMBRES *AD HOC* TEL QU'IL A ÉTÉ MODIFIÉ PAR LES NOUVELLES DISPOSITIONS DU RÈGLEMENT AVEC CELUI DE LA COUR

La question la plus importante en l'occurrence est de savoir si, et dans quelle mesure, l'acte constitutif de la Cour envisage que les parties à une instance puissent influer sur la détermination des membres de la Cour qui siégeront en cette instance. On peut observer une prédisposition compréhensible à considérer qu'il existe un droit général à exercer une telle influence dans le cas d'un tribunal international par opposition à une juridiction interne; et il est probable que la faveur que connaît le nouveau système procède dans une certaine mesure de cette prédisposition. Mais la réponse précise à la question qui se pose dans le cas de la Cour internationale doit à mon avis être fonction du caractère juridique exact de la Cour et, par extension, de ses chambres. Il me semble à cet égard que la distinction essentielle est celle à laquelle le Nicaragua fait allusion lorsqu'il évoque «la conception institutionnelle de la Cour en tant qu'organe judiciaire — et non pas en tant qu'organe d'arbitrage» (lettre du 1er février 1990 adressée au Greffier par l'agent de la République du Nicaragua). Je crois qu'il n'est pas inutile de revenir et d'insister sur cette distinction.

Il est évident que la Cour est une cour de justice. Néanmoins, en raison de cette évidence même, l'on risque de tenir pour acquises les considérations primordiales qui sont en jeu. Nous nous proposons donc de rappeler brièvement le caractère historique de la Cour non seulement pour retrouver le sens de la nature réelle de la Cour, mais aussi pour déterminer si la conception originelle demeure valide et, si tel est le cas, quelles sont les limites des dérogations tolérables à la norme. Il est particulièrement important de le faire car, bien qu'il serait erroné de considérer qu'une cour de justice internationale est une copie conforme d'une cour de justice interne, il ne le serait pas moins de supposer qu'aucune analogie n'est pos-

analogy in respect of the basic elements of the concept of a court of justice.

The well-worn distinction between an arbitral tribunal and a court of justice need not be recited (see *inter alia* James Brown Scott, *The Status of the International Court of Justice*, 1916, p. 24). There was, indeed, some early concern with the question whether the Permanent Court of International Justice could be regarded as an arbitral body if it was competent to adjudicate on purely political disputes as distinguished from legal disputes involving political features (see Secretariat of the League of Nations, "Memorandum on the Different Questions Arising in Connection with the Establishment of the Permanent Court of International Justice, Appendix", set out in *Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice*, 1920, p. 115). But that possibility does not appear to have been seriously pursued and need not detain inquiry: the Court does not regard itself as competent to decide questions not governed by legal principles (see *inter alia* Judge Kellogg's observations in the case of the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, P.C.I.J., Series A, No. 24*, pp. 29-34; the *Certain Norwegian Loans* case, *I.C.J. Reports 1957*, p. 66, *per* Judge Lauterpacht; and the case concerning *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua* v. *Honduras), I.C.J. Reports 1988*, p. 91, para. 52). The whole evolution of the thinking leading to the creation of the Permanent Court disclosed a settled intention to create a court of justice in the sense generally understood in municipal law. A principal feature of the new body was that its judicial personnel were to be preordained: unlike an arbitral body, particular judges were not to be selected by the parties for particular cases.

In one way or another this important point was repeatedly hammered home. Its essentials were to be found in the justly famous instructions issued by Secretary of State Elihu Root to the United States delegation to the 1907 Hague Conference (see Secretary of State Elihu Root to Mr. J. H. Choate and others, in James Brown Scott (ed.), *Instructions to the American Delegates to the Hague Peace Conferences and Their Official Reports*, 1916, pp. 79-80. The instructions were quoted in part by Judge Kellogg in the case of the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, loc. cit.*, pp. 36-37). The principle was affirmed in the course of the proceedings of the Advisory Committee of Jurists, 1920. The Committee clearly accepted the understanding of the League of Nations Secretariat that the new Court, as visualized by Article 14 of the Covenant, would "be a Court of Justice in the technical and restricted meaning of the term. Its character would be similar . . . to that of the Courts of Justice of the different countries" ("Note on the Nature of the New Permanent Court of International Justice", in *Documents, op. cit.*, p. 113; and see, *ibid.*, p. 7). The continuance of the Permanent Court of Arbitration side by side with the new

sible en ce qui concerne les éléments fondamentaux de la notion de cour de justice.

Je ne rappellerai pas la distinction éculée entre tribunal arbitral et cour de justice (voir entre autres James Brown Scott, *The Status of the International Court of Justice*, 1916, p. 24). En fait, on s'est dans les premiers temps demandé si la Cour permanente de Justice internationale pouvait être considérée comme un organe arbitral dans la mesure où elle était compétente pour statuer sur des différends purement politiques par opposition à des différends juridiques ayant des aspects politiques (voir Secrétariat de la Société des Nations, « Mémorandum sur les différentes questions concernant l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale, appendice », dans *Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour permanente de Justice internationale*, 1920, p. 115). Mais cette possibilité ne semble pas avoir été sérieusement envisagée et nous n'avons pas besoin de nous y arrêter : la Cour ne se considère pas comme compétente pour trancher des questions qui ne sont pas régies par des principes juridiques (voir entre autres les observations de M. Kellogg dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 29-34 ; l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957*, opinion de sir Hersch Lauterpacht, p. 66 ; et l'affaire relative aux *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), C.I.J. Recueil 1988*, p. 91, par. 52). Toute l'évolution de la réflexion qui a amené la création de la Cour permanente révélait une intention bien établie de créer une cour de justice au sens qu'a généralement cette expression en droit interne. Une des caractéristiques principales du nouvel organe était que son personnel judiciaire devrait être titulaire : les parties ne pourraient, comme cela est le cas devant un organe arbitral, désigner certains juges pour siéger dans des affaires données.

D'une manière ou d'une autre, on a à de nombreuses reprises fortement insisté sur ce point important, dont les aspects essentiels sont exposés dans les instructions justement célèbres du secrétaire d'Etat Elihu Root à la délégation des Etats-Unis à la conférence de La Haye de 1907 (voir « Secretary of State Elihu Root to Mr. J. H. Choate and others », dans *Instructions to the American Delegates to the Hague Peace Conferences and Their Official Reports*, sous la direction de James Brown Scott, 1916, p. 79-80 ; ces instructions sont citées par M. Kellogg dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, loc. cit.*, p. 36-37). Le principe a été proclamé durant les débats du comité consultatif de juristes en 1920. A l'évidence, le comité a fait sienne la conception du Secrétariat de la Société des Nations, à savoir que la nouvelle Cour, telle que l'envisageait l'article 14 du Pacte, serait « une Cour de Justice dans l'acception restreinte et technique du terme. Elle serait une Cour dont le caractère serait au présent égard analogue à celui des Cours de Justice des divers pays. » (« Notice sur le caractère de la nouvelle Cour permanente de Justice internationale », dans *Documents, op. cit.*, p. 113 ; voir aussi, *ibid.*, p. 7).

Court — and indeed in the same building, as is still the case — was regarded as confirmatory of "the conclusion that the new Court will be in principle a Court of Justice" (*Documents, op. cit.*, p. 115). The coexistence of the Permanent Court of International Justice with the Permanent Court of Arbitration and other tribunals of arbitration was expressly recognized in Article 1 of the Statute of the Court reading:

> "This Court shall be in addition to the Court of Arbitration organized by the Conventions of The Hague of 1899 and 1907, and to the special Tribunals of Arbitration to which States are always at liberty to submit their disputes for settlement."

Parties could always go to arbitration. Now, on a potentially global basis, they were being given a choice between that and a new piece of machinery — a court of justice (see also B. C. J. Loder, "The Permanent Court of International Justice", in *Report of the Twenty-Ninth Conference of the International Law Association*, London, 1920, p. 148).

M. Léon Bourgeois, the distinguished and learned delegate of the Council of the League of Nations, alluded to these ideas when, addressing the inaugural meeting of the Committee of Jurists on 16 June 1920, he said:

> "The Court of Justice must be a true Permanent Court. It is not simply a question of arbitrators chosen on a particular occasion, in the case of conflict, by the interested parties; it is a small number of judges sitting constantly and receiving a mandate the duration of which will enable the establishment of a real jurisprudence, who will administer justice. This permanence is a symbol. It will be a seat raised in the midst of the nations, where judges are always present, to whom can always be brought the appeal of the weak and to whom protests against the violation of right can be addressed. Chosen not by reason of the State of which they are citizens, but by reason of their personal authority, of their past career, of the respect which attaches to their names known over the whole world, these judges will represent a truly international spirit which is by no means, as some people pretend, a negation of the legitimate interests of each nation, but which is, on the contrary, the safeguard of these interests, within the very limits of their legitimacy." (Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, with Annexes*, The Hague, 1920, pp. 7-8.)

The Report of the 1920 Advisory Committee of Jurists in turn stated:

Le maintien de la Cour permanente d'arbitrage aux côtés de la nouvelle Cour — et de fait dans le même bâtiment, comme c'est encore le cas aujourd'hui — était vu comme une confirmation de « la conclusion que la nouvelle Cour aura en principe le caractère d'une cour de justice » (*Documents, op. cit.*, p. 115). La coexistence de la Cour permanente de Justice internationale avec la Cour permanente d'arbitrage et d'autres tribunaux arbitraux a été expressément reconnue à l'article 1 du Statut de la Cour, ainsi libellé :

> « Indépendamment de la Cour d'arbitrage, organisée par les conventions de La Haye de 1899 et 1907, et des tribunaux spéciaux d'arbitres, auxquels les Etats demeurent toujours libres de confier la solution de leurs différends, il est institué, conformément à l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, une Cour permanente de Justice internationale. »

Les parties ont toujours eu la possibilité de recourir à l'arbitrage. On leur donnait désormais, sur une base potentiellement mondiale, le choix entre l'arbitrage et un nouveau mécanisme — une cour de justice (voir aussi B. C. J. Loder, « The Permanent Court of International Justice », *Report of the Twenty-Ninth Conference of the International Law Association*, Londres, 1920, p. 148).

M. Léon Bourgeois, représentant éminent et distingué du Conseil de la Société des Nations, a évoqué ces idées lorsque, prenant la parole lors de la séance inaugurale du comité de juristes le 16 juin 1920, il déclara :

> « La Cour de Justice doit être une véritable Cour permanente. Ce n'est pas simplement à des arbitres choisis éventuellement en cas de conflit par les parties intéressées, c'est à un petit nombre de juges siégeant constamment, recevant un mandat dont la durée permettra l'établissement d'une véritable jurisprudence, qu'il appartiendra de dire le droit. Cette permanence est un symbole. C'est un siège élevé au milieu des nations, où toujours sont présents les juges, vers qui puisse toujours se porter l'appel des faibles et se dresser la protestation du droit violé. Choisis non en considération de l'Etat auquel ils appartiennent mais à raison de leur autorité personnelle, de leur passé, du respect qui s'attache à leur nom connu du monde entier, ces juges représenteront le véritable esprit international, qui n'est nullement, comme on l'a prétendu, la négation des légitimes intérêts de chaque nation, mais qui est, au contraire, la sauvegarde de ces intérêts, dans la limite même de leur légitimité. » (Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920, avec annexes*, La Haye, 1920, p. 7-8.)

Le rapport du comité consultatif de juristes de 1920 indiquait quant à lui :

> "In the Court of Arbitration, it falls to the parties to choose their judges, after the commencement of the dispute; whereas in the case of the Permanent Court of International Justice, the contesting parties no longer have the choice of the judges." ("Report of the Advisory Committee of Jurists", Annex No. 1 to the *Procès-Verbaux, op. cit.*, p. 695.)

Then, after referring (p. 696) to M. Bourgeois's opening speech, the Report added:

> "In contradistinction to the Court of Arbitration, the Permanent Court of International Justice will really deserve its name, as it will consist of judges, who will continue to sit from one case to another; the parties will not have to choose them for this purpose, and with one exception, which will be dealt with later in connection with summary procedure, the parties may not fix the number of judges." (*Ibid.*, p. 698.)

The exception seemingly referred to draft Article 26 of the Statute reading:

> "With a view to the speedy despatch of business the Court shall form, annually, a chamber composed of three judges who, at the request of the contesting parties, may hear and determine cases by summary procedure." (*Ibid.*, p. 719.)

The parties could fix the number of judges only in the sense of opting for this chamber with its prefixed membership of three.

How was all of this understood when the new Court was eventually established? Addressing the Court on 15 February 1922 on the occasion of its official opening, the Dutch Foreign Minister, M. Van Karnebeek, said:

> "Your responsibility is the greater because the States, who will have recourse to you for justice, will have renounced the right of freely choosing their judges, an outstanding feature of the system of arbitration which exists side by side with you under this roof." (*P.C.I.J., Series D, No. 2*, p. 322.)

To which President Loder agreeably replied:

> "The jurisdiction of this Court differs from arbitration. The judges are no longer to be nominated by the parties. They form a permanent Court.
>
> The procedure has no longer to be framed; it is laid down in the Statute and in the Rules of Procedure.
>
> The two institutions exist side by side; each fulfils its special duty; each possesses its own sphere of action; both live peacefully together in this same building, like an older and a younger sister.

« Avec la Cour d'arbitrage, ce sont les parties qui choisissent leurs juges, après que le litige est né; avec la Cour permanente de Justice internationale, les plaideurs ne doivent plus avoir le choix du juge. » (« Rapport du comité consultatif de juristes », annexe n° 1 aux *Procès-verbaux, op. cit.*, p. 695.)

Puis, après avoir (p. 696) évoqué le discours inaugural de M. Bourgeois, le rapport ajoutait :

« Par opposition à la Cour d'arbitrage, la Cour permanente de Justice internationale méritera vraiment son nom parce qu'elle sera composée de juges qui siégeront d'affaire en affaire, sans que les parties aient à les désigner pour ce rôle et, sauf une exception dont il sera parlé plus loin en matière de procédure sommaire, sans qu'il soit permis aux parties de déterminer le nombre des juges. » (*Ibid.*, p. 698.)

L'exception visait apparemment le projet d'article 26 du Statut ainsi libellé :

« En vue de la prompte expédition des affaires, la Cour compose annuellement une chambre de trois juges, appelée à statuer en procédure sommaire, lorsque les parties le demandent. » (*Ibid.*, p. 719.)

Les parties pouvaient fixer le nombre des juges seulement dans la mesure où elles choisissaient cette chambre dont le nombre de membres était fixé à trois.

Comment tout cela a-t-il été compris quand la nouvelle Cour a finalement été créée ? S'adressant à la Cour le 15 février 1922 à l'occasion de son inauguration officielle, le ministre néerlandais des affaires étrangères, M. Van Karnebeek, déclara :

« Votre responsabilité est d'autant plus grande que les Etats qui s'adresseront à vous pour obtenir la justice auront renoncé au libre choix des juges, qui caractérise l'arbitrage établi à vos côtés sous le même toit. » (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 322.)

Le Président Loder en convint lorsqu'il répondit :

« [L]a juridiction [de la Cour] diffère de l'arbitrage. Les juges ne sont plus à nommer par les parties. Ils sont là en Cour permanente.

La procédure n'est plus à faire, elle est réglée dans le Statut et les Règlements.

Les deux institutions existent l'une à côté de l'autre, chacune remplissant sa destination spéciale, chacune ayant sa sphère naturelle, les deux vivant paisiblement ensemble dans cette même demeure, comme deux sœurs d'un âge différent.

> Is the younger organisation perfect? Will its Statute never require amendment? Nothing is perfect in the hour of its birth. Here also the law of evolution will make itself felt." (*P.C.I.J., Series D, No. 2*, pp. 329-330.)

So the structure of the institution could be changed and might need to be changed. But, meanwhile, its character was that of a court of justice as ordinarily understood. In the light of that character, it is not difficult to imagine what might have been President Loder's reaction to a change sought to be brought about by an amendment to the Rules of Court for the purpose of giving the parties "a decisive influence" in the selection of regular judges of the Court to sit on a chamber established under its Statute, even as recast for the present Court in 1945.

This aspect may be summed up with these observations of Judge Kellogg in the case concerning the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*:

> "It is evident from a consideration of the circumstances which called for the creation of this Court and the history of its organization, as well as from a careful examination of the Court's Statute, framed by a special committee of jurists appointed by the Council of the League of Nations, that this tribunal is a Court of justice as that term is known and understood in the jurisprudence of civilized nations." (*P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 33.)

The idea that the Court was a court of justice in contradistinction to being an arbitral body formed the ground of opposition to two important features, namely, that relating to chambers and that relating to *ad hoc* judges. Although in both cases the desired provisions were made, the material leaves little room for doubt that the basic judicial character of the Court was intended to prevail throughout its arrangements and functioning, save in respect of variations clearly authorized by the Statute itself.

As regards the idea of chambers, speaking in the Advisory Committee of Jurists in 1920, Lord Phillimore framed his opposition this way:

> "The idea of 1907 to divide the Court into chambers, also is too closely bound to the idea of arbitration, since these chambers would be formed *in casu*. The Court must sit *in pleno* to be a real Court of Justice . . . the number of judges was of secondary importance; the essential thing was that as far as possible all judges should sit at the same time." (*Procès-Verbaux, op. cit.*, 1920, p. 175.)

Referring to the proceedings of the 1920 Committee, Judge Hudson later wrote:

> "No basis for excluding some members of the Court from sitting was found, and as the debate progressed the 1920 Committee of Jurists came to the view that the unity of the Court required that it should

> La plus jeune est-elle parfaite, son Statut ne sera-t-il jamais à modifier? Rien n'est parfait à l'heure de la naissance. C'est aussi pour elle que la loi de l'évolution se fera valoir.» (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 329-330.)

Ainsi, la structure de l'institution pouvait être modifiée et il serait peut-être nécessaire de la modifier; mais, pour lors, son caractère était celui d'une cour de justice au sens ordinaire de l'expression. Cela étant, on imagine aisément comment le Président Loder aurait réagi à une tentative d'y apporter une modification par le biais d'un amendement du Règlement de la Cour visant à donner aux parties «une influence décisive» dans le choix des juges titulaires de la Cour devant siéger à une chambre constituée en vertu du Statut, même tel que celui-ci a été remanié pour la Cour actuelle en 1945.

Cet aspect de la question peut être résumé par ces observations de M. Kellogg dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*:

> «Il est évident — cela ressort des circonstances qui ont conduit à la création de la Cour et du développement historique de son organisation, ainsi que d'un examen attentif du Statut de la Cour rédigé par un comité spécial de juristes désigné par le Conseil de la Société des Nations — que la Cour est une cour de justice dans le sens où ce terme est connu et entendu selon la jurisprudence des nations civilisées.» (*C.P.J.I. série A n° 24*, p. 33.)

L'idée que la Cour était une cour de justice et non un organe arbitral était à la base de l'opposition qui s'est manifestée à l'encontre de deux institutions importantes, à savoir les chambres et les juges *ad hoc*. Bien que dans les deux cas les dispositions souhaitées aient été élaborées, il n'est guère douteux, au vu des travaux préparatoires, que le caractère fondamentalement judiciaire de la Cour devait prévaloir dans toutes les modalités de son organisation et de son fonctionnement, sauf dérogations clairement autorisées par le Statut lui-même.

En ce qui concerne l'idée des chambres, lord Phillimore, dans une déclaration faite devant le comité consultatif de juristes de 1920, a exprimé son opposition de la manière suivante:

> «L'idée de 1907 de diviser la Cour en chambres est également trop liée à celle de l'arbitrage, puisque les chambres seraient composées *in casu*. Pour être une cour de justice, il faut que la Cour siège *in pleno* ... le nombre de juges n'a qu'une importance secondaire; l'essentiel c'est que, dans la mesure du possible, tous les juges siègent en même temps.» (*Procès-verbaux, op. cit.*, 1920, p. 174-175.)

Evoquant les débats du comité de 1920, M. Hudson devait écrire:

> «On n'a trouvé aucune raison pour exclure certains membres de la Cour lorsque celle-ci siégeait, et au fur et à mesure que le débat avançait le comité de juristes de 1920 en est venu à conclure que l'unité de

always sit *in pleno*; its proposal to this effect was embodied in the text as adopted." (Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, pp. 173-174.)

The establishment of chambers was conceded as an exception to this primary rule. As was noted by Lord Finlay, Article 25 of the Statute

"laid down that the full Court should sit except when expressly provided otherwise. These exceptions were specially dealt with in Articles 26 and 27 of the Statute" (*P.C.I.J., Series D, No. 2*, 11 February 1922, p. 28).

He accepted that the "Statute should be interpreted broadly", but would scarcely have thought this a sufficient warrant for the Court to act through chambers composed otherwise than as expressly authorized by the Statute itself.

In this connection, a point of some interest is that, whereas Article 25 of the 1920 Statute read, "The full Court shall sit except when it is expressly provided otherwise", Article 25 of the present Statute, while retaining those words, prudentially added the words, "in the present Statute" (*Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, Vol. XVII, p. 412, Sixth Meeting of the Advisory Committee of Jurists, 12 June 1945). The official records do not show the reason for the change, which Judge Hudson was probably right in characterizing as "merely stylistic" (Manley O. Hudson, "The Twenty-Fourth Year of the World Court", *American Journal of International Law*, 1946, Vol. 40, pp. 24-25). But, while no change of substance was involved, it would seem clear that the stylistic change made was inspired by the thought of bringing out and emphasizing an original principle of pre-eminent importance, namely, that exceptions to the general rule that the full Court should always sit had to be authorized by express language in the Statute itself. Exceptions could not be added by Rules of Court.

The question is: Can it be said that an *ad hoc* chamber, as constituted under the new Rules of Court, falls within an exception which is expressly authorized by the Statute itself to the dominant rule that the Court should sit *in pleno*?

As regards *ad hoc* judges, here too, as is well known, the opposition was mounted on the basis that the appointment of such judges was more appropriate to arbitral tribunals than to courts of justice. The 1920 Committee of Jurists was, of course, aware of possible objections. Referring to a hypothetical case in which both sides had appointed an *ad hoc* judge, its Report stated:

"In this particular, our Court more nearly resembles a Court of Arbitration than a national Court of Justice. But this variation is necessary. Though our Court is a true Court, we must not forget that it is a Court between States. For the reasons already given, States attach much importance to having one of their subjects on the Bench

> la Cour exigeait qu'elle siège toujours *in pleno*; sa proposition à cet effet a été consacrée dans le texte adopté.» (Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 173-174.)

La création de chambres a été admise en tant qu'exception à cette règle primaire. Comme l'a noté lord Finlay, l'article 25 du Statut

> «stipule que la Cour exerce ses attributions en séance plénière, sauf exceptions expressément prévues. Les exceptions en question sont spécialement envisagées aux article 26 et 27 du Statut» (*C.P.J.I. série D n° 2*, 11 février 1922, p. 28).

Il concédait qu'il fallait «appliquer le Statut d'une façon large», mais n'aurait jamais imaginé qu'on puisse penser que cela habilitait la Cour à exercer ses attributions par le truchement de chambres composées autrement que ne l'autorisait expressément le Statut lui-même.

A cet égard, il n'est pas inintéressant de noter que tandis que l'article 25 du Statut de 1920 stipulait: «sauf exception expressément prévue, la Cour exerce ses attributions en séance plénière», l'article 25 du présent Statut, tout en reprenant ces termes, a prudemment ajouté les mots «par le présent Statut» après le mot «prévue» (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XVII, p. 412, sixième séance du comité consultatif de juristes, 12 juin 1945). Les actes officiels n'indiquent pas la raison de cette modification, que M. Hudson avait probablement raison de qualifier de «purement stylistique» (Manley O. Hudson, «The Twenty-Fourth Year of the World Court», *American Journal of International Law*, 1946, vol. 40, p. 24-25). Mais, si elle ne change rien quant au fond, il semble que cette modification stylistique ait visé à faire ressortir et à souligner un principe originel d'une importance prééminente, à savoir que toute dérogation à la règle générale selon laquelle la Cour doit toujours siéger en séance plénière devait être expressément autorisée par le Statut lui-même. Le Règlement de la Cour ne pouvait ajouter de nouvelles dérogations supplémentaires.

La question est la suivante: peut-on dire qu'une chambre *ad hoc* constituée en application du nouveau Règlement de la Cour constitue une dérogation expressément autorisée par le Statut lui-même à la règle dominante selon laquelle la Cour doit siéger *in pleno*?

Pour ce qui est des juges *ad hoc*, là aussi, comme chacun sait, une opposition s'est manifestée au motif que la désignation de tels juges était le propre des tribunaux arbitraux plutôt que des cours de justice. Le comité de juristes de 1920 était bien sûr conscient des objections possibles. Evoquant l'hypothèse où les deux parties désigneraient un juge *ad hoc*, le comité déclarait:

> «Sous ce rapport, notre Cour s'écarte du type de la cour de justice interne pour se rapprocher de la cour d'arbitrage. Mais cet écart est nécessaire. Si notre Cour est une cour, il ne faut pas oublier que c'est une cour entre Etats. Et les Etats tiennent à faire monter, quand ils viennent devant la justice, pour les raisons déjà données, un des leurs

when they appear before a Court of Justice." ("Report of the Advisory Committee of Jurists", 1920, *loc. cit.*, p. 722.)

The Report thus recognized the substance of the point made by M. Loder when he said: "If the right to choose such judges were given to the parties, this would give the proceedings a characteristic essentially belonging to arbitration." (*Procès-Verbaux, op. cit.*, p. 531. See also, *ibid.*, pp. 169-170; and B. Schenk von Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale. Eléments d'interprétation*, Berlin, 1934, pp. 181-182.)

Thus, although it was agreed to allow *ad hoc* judges, it was appreciated that this arrangement evinced an arbitral aspect which was not quite in harmony with the fundamental judicial character of the Court as a court of justice. The arrangement had to be fought for and justified on very special grounds (see "Report of the Advisory Committee of Jurists", 1920, *loc. cit.*, p. 721; the remarks of Lord Phillimore in *Procès-Verbaux, op. cit.*, p. 528, and of Mr. Adatci, *ibid.*, p. 529; the remarks of Judge Altamira on 23 June 1926, in *P.C.I.J., Series D, Addendum to No. 2*, p. 26; the "Report Presented by the French Representative, M. Léon Bourgeois, and Adopted by the Council of the League of Nations at Its Meeting at Brussels on October 27th, 1920", in League of Nations, *Permanent Court of International Justice. Documents concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 48; and the Registrar's statement in 1932 in *P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, p. 18, footnote). And these special grounds are no doubt still valid. But a fair interpretation is that the idea of selection of judges by the parties, which that arrangement involved, was not intended to be extended to cases not clearly authorized by the Statute, whether by express language or by necessary implication.

How alien to the concept of a court of justice — even an international court of justice — is the notion of parties nominating its members, may be gathered from the grounds on which a proposal was made and rejected in the 1920 Committee of Jurists for members of a chamber of the Permanent Court of International Justice to be designated by the parties (*Procès-Verbaux, op. cit.*, pp. 183-184, 517, 524). M. Ricci-Busatti's written proposal to that effect was expressly prefaced with the statement that the "Court of Justice should be connected as intimately as possible with the Court of Arbitration, the functions of which it merely develops" (*ibid.*, p. 183). The summary record of the related discussions not surprisingly showed that, in his presentation,

"M. Ricci-Busatti personally started from an entirely different conception: he maintained his point of view that too much distinction should not be drawn between the new Court and the old Court of

sur le siège.» («Rapport du comité consultatif de juristes», 1920, *loc. cit.*, p. 722.)

Le rapport admettait ainsi la validité de l'argument avancé par M. Loder lorsqu'il déclarait: «si l'on donne aux parties le droit de choisir ce juge, on se trouve en pleine procédure d'arbitrage» (*Procès-verbaux, op. cit.*, p. 531; voir aussi, *ibid.*, p. 169-170; et B. Schenk von Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale, Eléments d'interprétation*, Berlin, 1934, p. 181-182).

Ainsi, bien qu'ayant décidé qu'il serait permis de désigner des juges *ad hoc*, on avait conscience que cet arrangement donnait à la Cour une connotation arbitrale qui n'était pas tout à fait en harmonie avec son caractère fondamentalement judiciaire en tant que cour de justice. Les promoteurs de ce système ont dû se battre pour le faire accepter, et le justifier par des motifs très particuliers (voir «Rapport du comité consultatif de juristes», 1920, *loc. cit.*, p. 721; les observations de lord Phillimore dans *Procès-verbaux, op. cit.*, p. 528, et celles de M. Adatci, *ibid.*, p. 529; les observations de M. Altamira le 23 juin 1926, dans *C.P.J.I. série D, addendum au n° 2*, p. 26; le «Rapport présenté par le représentant de la France, M. Léon Bourgeois, et adopté par le Conseil de la Société des Nations réuni à Bruxelles le 27 octobre 1920», dans *Société des Nations, Cour permanente de Justice internationale, Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et à l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, p. 48; et la déclaration du Greffier en 1932 dans *C.P.J.I. série D, troisième addendum au n° 2*, p. 18, note de bas de page). Et ces motifs particuliers demeurent sans aucun doute valides. Mais l'on doit admettre qu'il n'était pas prévu d'étendre ce système — et l'idée du choix des juges par les parties qu'il concrétise — aux cas dans lesquels le Statut ne l'autorisait pas clairement, expressément ou par implication nécessaire.

Les motifs pour lesquels une proposition tendant à ce que les membres d'une chambre de la Cour permanente de Justice internationale soient désignés par les parties a été faite et rejetée au comité de juristes en 1920 permettent de comprendre combien le principe d'une telle désignation était étranger à la notion de cour de justice — même de cour de justice internationale (*Procès-verbaux, op. cit*, p. 183-184, 517, 524). M. Ricci-Busatti déclarait expressément, dans l'introduction de la proposition écrite qu'il a présentée à cet effet: «Il convient que la Cour de Justice se rattache autant que possible à la Cour d'arbitrage, dont elle ne fait que développer les fonctions.» (*Ibid.*, p. 183.) Le compte rendu des débats relatif à cette proposition montre — cela n'est pas surprenant — que dans sa présentation:

> «M. Ricci-Busatti [partait] personnellement d'une conception différente: il maintient son point de vue, à savoir qu'il ne faut pas trop distinguer entre la nouvelle cour et l'ancienne cour d'arbitrage, et

> Arbitration; that there was no essential difference, especially in international relations, between Arbitration and strict Justice" (*Procès-Verbaux, op. cit.*, p. 177).

So his proposal was frankly arbitral in character. M. Loder (with whom M. de Lapradelle agreed) in consequence had little difficulty in securing its rejection on the ground that, contrary to M. Ricci-Busatti's conception, the Court was indeed intended to be a court of justice (*ibid.*, p. 178; see also, *ibid.*, p. 526; and James Brown Scott, *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists, Report and Commentary*, 1920, pp. 27-28). Once the latter view of the character of the Court was upheld, as it was, the proposal was bound to fall. Using language uncannily anticipatory of some used in reference to the new Rules, M. Ricci-Busatti had urged that "it was desirable to allow the Parties, either directly or through the President, to have a certain influence on the composition of the section" (*Procès-Verbaux, op. cit.*, p. 526). The idea did not find favour, M. Loder and Baron Descamps, the President of the Committee, pointing out "that this method would too much resemble that proper to arbitration" *(ibid.)*. Can it be said that the juridical character of the present Court is so signally different from that of its predecessor as to justify acceptance now in place of rejection then?

Far from there being any difference, the present Court has repeatedly affirmed, in relation to itself, the substance of earlier pronouncements by its predecessor about its status as a court of justice. Despite some initial doubt as to the precise juridical relationship between the Permanent Court, in its advisory role, and the Council of the League of Nations, as early as 1923 the Court had occasion to observe that the "Court, being a Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court" (*Status of Eastern Carelia, P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 29). That reference to "the Court, being a Court of Justice", was repeated by the Permanent Court in the case of the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (*loc. cit.*, p. 15). The emphasis has been maintained by the present Court in several cases. See, for example, the case of the *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* where the Court said: "The Court as a judicial body is . . . bound, in the exercise of its advisory function, to remain faithful to the requirements of its judicial character." (*I.C.J. Reports 1960*, p. 153.) The case of the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947* represents a recent reaffirmation by the Court of its status as a "Court of justice" (*I.C.J. Reports 1988*, p. 29, para. 40). More particularly, using language which differences in context do not render inapplicable to the situation being considered, in the *Northern Cameroons* case the Court said:

> "There are inherent limitations on the exercise of the judicial function which the Court, as a court of justice, can never ignore. There

qu'il n'y a pas de différence essentielle, surtout dans le domaine des rapports internationaux, entre la fonction arbitrale et la fonction judiciaire» (*Procès-verbaux, op. cit.*, p. 177).

Ainsi, sa proposition était de nature franchement arbitrale. M. Loder (approuvé sur ce point par M. de Lapradelle) n'a donc guère eu de difficulté à en obtenir le rejet, au motif que, contrairement à ce que pensait M. Ricci-Busatti, la Cour devait bien être une cour de justice (*ibid.*, p. 178; voir aussi, *ibid.*, p. 526; et James Brown Scott, *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists. Report and Commentary*, 1920, p. 27-28). A partir du moment où cette conception du caractère de la Cour était ainsi confirmée, la proposition ne pouvait qu'être rejetée. En des termes qui anticipent étrangement ce qu'on a dit au sujet du nouveau Règlement, M. Ricci-Busatti avait fait valoir qu'il était «désirable de laisser aux parties directement, ou par l'intermédiaire du Président, une certaine influence sur la composition de la section» (*Procès-verbaux, op. cit*, p. 526). L'idée ne fut pas retenue, M. Loder et le baron Descamps, président du comité, faisant valoir que «cette méthode rappellerait trop celle propre à l'arbitrage» *(ibid.)*. Peut-on dire que le caractère judiciaire de l'actuelle Cour est si nettement différent de celui de la Cour qui l'a précédée qu'il soit justifié d'accepter aujourd'hui ce qu'alors on avait rejeté?

Bien au contraire: la Cour a maintes fois repris, en substance, les vues exprimées par la Cour permanente de Justice internationale au sujet de son statut en tant que cour de justice. Malgré un doute initial quant à la relation juridique précise entre la Cour permamente, dans son rôle consultatif, et le Conseil de la Société des Nations, dès 1923 la Cour a eu l'occasion de déclarer que «la Cour, étant une cour de justice, ne peut se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs» (*Statut de la Carélie orientale, C.P.J.I. série B n° 5*, p. 29). Cette affirmation, «la Cour, étant une cour de justice», a été reprise par la Cour permanente dans l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex* (*loc. cit*, p. 15). L'actuelle Cour a fait de même dans plusieurs affaires. Par exemple, dans l'affaire de la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, la Cour a déclaré: «En tant que corps judiciaire, la Cour doit dans l'exercice de sa fonction consultative rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire.» (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 153.) Plus récemment, à l'occasion de l'affaire de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, la Cour a une nouvelle fois réaffirmé qu'elle avait le caractère d'une «cour de justice» (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 29, par. 40). Plus particulièrement, en des termes que la différence de contexte ne rend pas inapplicables à la situation à l'examen, la Cour a déclaré dans l'affaire du *Cameroun septentrional*:

«Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il

> may thus be an incompatibility between the desires of an applicant, or, indeed, of both parties to a case, on the one hand, and on the other hand the duty of the Court to maintain its judicial character. The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity." (*I.C.J. Reports 1963*, p. 29.)

At page 30, the Court insightfully added:

> "That [judicial] function is circumscribed by inherent limitations which are none the less imperative because they may be difficult to catalogue, and may not frequently present themselves as a conclusive bar to adjudication in a concrete case."

Although certain specific rules were also involved, it seems clear that the refusal of the Court in the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* case to accede to the request of the parties that the Court should communicate to them unofficially the results of its deliberations illustrates the operation of an inherent limitation which the Court could not ignore (*P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 12). That limitation flowed essentially from the status of the Court as a court of justice. It is possible to see a similar inherent limitation, relating to the *audi alteram partem* principle, underlying much of the thinking of the Court in the *Status of Eastern Carelia* case (*P.C.I.J., Series B, No. 5*). So too with the cases of the *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco* (*I.C.J. Reports 1956*, p. 77), *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal* (*I.C.J. Reports 1973*, p. 166) and *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal* (*I.C.J. Reports 1982*, p. 325). In the first of these Judge Winiarski noted that the

> "important problem which the Court had to resolve was to reconcile its advisory function and its character as a Court of Justice, as an independent judicial organ of international law" (p. 104).

A like inherent limitation, it is submitted, prevents the Court from allowing its decision as to which of its regular Members should sit in any particular case to be in the least influenced by the contesting parties.

The history of the creation of the Permanent Court makes it clear that the concept of a court of justice to which the Court was intended to conform was that of a court of justice as generally understood in municipal law. That being so, warnings about the danger of transposing municipal law ideas to the international plane would not seem apt in this context. The fact that the Court was to function on the international plane was not regarded as importing any substantial modifications of the essential elements of that concept in its application to the Court. This would seem to put limits to attempts to justify the new system by reference to the international nature of the Court. It is true, for example, that States which entrust

peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur ou même des deux parties à une instance et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour.» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 29)

La Cour ajoutait de manière pénétrante:

«Cette fonction [judiciaire] est soumise à des limitations inhérentes qui, pour n'être ni faciles à classer, ni fréquentes en pratique, n'en sont pas moins impérieuses en tant qu'obstacles décisifs au règlement judiciaire.» (*Ibid.*, p. 30.)

Bien que des règles spécifiques fussent aussi en cause dans l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex*, il semble clair que, dans le refus de la Cour d'accéder à la demande tendant à ce que la Cour communique officieusement aux parties, comme celles-ci le lui demandaient, les résultats de ses délibérations, on puisse voir l'effet d'une limitation inhérente que la Cour ne pouvait ignorer (*C.P.J.I. série A n° 22*, p. 12). Cette limitation découlait essentiellement du statut de la Cour en tant que cour de justice. On peut voir l'effet d'une limitation inhérente semblable, liée cette fois au principe *audi alteram partem*, à la base d'une bonne partie du raisonnement de la Cour dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* (*C.P.J.I. série B n° 5*), ainsi que dans l'affaire des *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 77) et dans celles de la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 166) et de la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 325). Dans la première de ces affaires, M. Winiarski notait:

«le grand problème à résoudre, pour la Cour, c'était de concilier sa fonction consultative avec son caractère de Cour de justice, organe judiciaire et indépendant du droit international» (p. 104).

Une limitation inhérente similaire interdit à mon avis à la Cour de permettre aux parties à un litige d'influencer en quoi que ce soit sa décision quant à ceux de ses membres qui doivent siéger dans l'affaire en cause.

L'histoire de la création de la Cour permanente montre que c'est la notion de cour de justice telle que cette notion s'entend généralement en droit interne que la Cour devait incarner. Ceci étant, les mises en garde contre le danger de transposer des concepts de droit interne au plan international ne semblent pas justifiées dans le présent contexte. On n'a pas considéré que la vocation internationale de la Cour modifie substantiellement les éléments essentiels de cette notion dans son application à la Cour. L'argument tendant à justifier le nouveau système par la vocation internationale de la Cour semble ainsi d'une pertinence limitée. Il est vrai par exemple que les Etats qui soumettent un litige à un tribunal internatio-

a dispute to an international tribunal expect to have a say in its composition and functioning (see René-Jean Dupuy, *loc. cit.*, p. 272). But if, as seems to be the case, the framers of the 1920 Statute and its successor did, on that very ground (see the "Report of the Advisory Committee of Jurists", 1920, p. 722, cited above), address their minds to, and did specify, the precise extent to which States were to be permitted to participate in the composition and functioning of the Court, is it competent for the Court itself, by an exercise of its subordinate and limited rule-making power, to enlarge the extent of that permissible participation as defined by the governing instrument? The material makes it clear that the concept of judges being selected by the parties was regarded as being a characteristic of arbitral procedures; that, as such, that concept was essentially opposed to the judicial character of the Court; that, on special grounds, it was, after anxious debate, nevertheless allowed a limited operation within the constitution of the Court in relation to *ad hoc* judges; but that this limited operation could not be extended consistently with the judicial character of the Court without an appropriate enabling amendment of its Statute.

PART III. CONSISTENCY OF THE NEW RULES WITH THE STATUTE OF THE COURT

The conclusion reached above is supported by a consideration of the relationship between Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court 1978, and Article 26, paragraph 2, of the Statute of the Court. The latter provision, introduced in 1945, reads:

> "The Court may at any time form a chamber for dealing with a particular case. The number of judges to constitute such a chamber shall be determined by the Court with the approval of the parties."

Article 71, paragraph 3, of the Rules of Court 1946 correspondingly required the President of the Court to "ascertain the views of the parties as to the number of judges to constitute the Chamber".

The judicial character of the Court, as sought to be demonstrated above, would seem to support an argument *a contrario* to the effect that the specific reference in Article 26, paragraph 2, of the Statute to the approval of the parties of the "number" of judges of an *ad hoc* chamber (repeated, as it was, in Article 71, paragraph 3, of the 1946 Rules) excluded an intention to give them a say also over the selection of such judges.

Nothing in the records of the Washington Committee of Jurists 1945 and of the subsequent proceedings at San Francisco suggests an understanding that parties could have a right to select, or to influence the selection of, Members of the Court to be members of a chamber (see *Documents*

nal postulent qu'ils pourront intervenir dans sa constitution et son fonctionnement (voir René-Jean Dupuy, *loc. cit.*, p. 272). Mais si, comme il le semble, les auteurs du Statut de 1920 et du texte qui lui a succédé ont, pour cette raison même (voir le « Rapport du comité consultatif de juristes », 1920, p. 722, cité ci-dessus), envisagé et effectivement indiqué la mesure précise dans laquelle les Etats seraient autorisés à participer à la constitution et au fonctionnement de la Cour, appartient-il à la Cour elle-même, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire subordonné et limité, d'accroître cette participation telle qu'elle est autorisée par le texte applicable? Les documents cités montrent que la possibilité pour les parties de choisir les juges était considérée comme une caractéristique de la procédure arbitrale; que cette notion était ainsi par essence en opposition avec le caractère judiciaire de la Cour; qu'on en a néanmoins autorisé, pour des raisons particulières et après un très vif débat, une application limitée dans l'acte constitutif de la Cour pour ce qui est des juges *ad hoc*; mais qu'on ne pouvait étendre cette application limitée tout en respectant le caractère judiciaire de la Cour, et sans apporter à son Statut un amendement l'y habilitant.

TROISIÈME PARTIE. CONFORMITÉ DES NOUVELLES DISPOSITIONS DU RÈGLEMENT AVEC LE STATUT DE LA COUR

La conclusion que j'ai dégagée ci-dessus est confortée par l'examen de la relation entre l'article 17, paragraphe 2, du Règlement de la Cour tel que modifié en 1978 et l'article 26, paragraphe 2, de son Statut. Cette dernière disposition, introduite en 1945, est libellée comme suit:

> « La Cour peut, à toute époque, constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée. Le nombre des juges de cette chambre sera fixé par la Cour avec l'assentiment des parties. »

Développant cette disposition, l'article 71, paragraphe 3, du Règlement de 1946 prescrit que le Président de la Cour « s'informe des désirs des parties au sujet du nombre des juges qui devront siéger dans cette Chambre ».

Comme j'ai tenté de le démontrer ci-dessus, le caractère judiciaire de la Cour semble étayer l'argument *a contrario* selon lequel la mention spécifique à l'article 26, paragraphe 2, du Statut de l'assentiment des parties au « nombre » de juges d'une chambre *ad hoc* (mention qu'on retrouve à l'article 71, paragraphe 3, du Règlement de 1946) — exclut toute intention de leur donner aussi un mot à dire dans le choix des juges eux-mêmes.

Rien dans les comptes rendus des séances du comité de juristes qui s'est réuni à Washington en 1945, ni dans ceux de la conférence de San Francisco ne donne à penser que les parties pourraient avoir le droit de choisir des membres de la Cour comme membres d'une chambre ou d'influer sur

of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, Vol. XIV, pp. 200-202, 221-222, 271, 282, 317, 333-334 and 834-835). The closest one gets to any discussion of the matter is through Judge Hudson's much quoted statement in the Washington Committee of Jurists. The relevant part of the official records reads:

> "The next question, the Chairman said, was the number of judges on chambers. Sir Frederic Eggleston (Australia) asked whether the chamber of summary procedure could sit at the same time as the full Court. Judge Hudson pointed out that there had been little use of chambers and that the question had never arisen. He pointed out that under the present Statute the Court elected members to chambers for a given term of years and that the parties did not decide the number or the composition of the chambers. He thought the subcommittee was proposing a wholly different system when it provided for *ad hoc* appointment of chambers with the approval of the parties." (*Ibid.*, p. 199, 16 April 1945.)

Judge Hudson's statement that under the previous Statute "the parties did not decide the number or the composition of the chambers" was of course accurate. The statement also shows that Judge Hudson appreciated that there was a distinction between "number" and "composition". The new provision spoke only of "number", and the clear tendency in the recorded discussions was to refer to it as being so confined. However "wholly different" was the new system, it would require a powerful sidewind to extend the explicit reference to "number" to encompass "composition". As has been seen, the Court itself, through Article 71, paragraph 3, of the 1946 Rules of Court, reflected no such extension: it spoke expressly and deliberately of the President ascertaining "the views of the parties as to the number of judges to constitute the Chamber". One may well suppose that the judges who made that Rule in 1946 were close enough to the making of the new Statute to grasp its meaning correctly on this point. Had the intention of the Statute been to sanction consultation of the parties on composition, it is surprising that it should have taken the Court over a quarter of a century to divine so important a purpose and to incorporate it in its new Rules.

Even if, which is doubtful, Judge Hudson understood matters differently, the record does not suggest that so strange and strained an interpretation was shared by other members of the Washington Committee of Jurists. Two of the later speakers, Ambassador Cordova of Mexico and the Chairman of the Committee, Mr. Hackworth, spoke only of the "number". Ambassador Cordova in particular "pointed out that the Court was

ce choix (voir *Documents de la conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 200-202, 221-222, 271, 282, 317, 333-334, et 834-835). Ce qui se rapproche le plus d'un examen de la question figure dans une déclaration souvent citée de M. Hudson au comité de juristes de Washington. Le passage pertinent du compte rendu est ainsi rédigé :

> « La question suivante, indique le Président, est celle du nombre des juges composant les chambres. Sir Frederic Eggleston (Australie) demande si la chambre de procédure sommaire peut siéger en même temps que la Cour plénière. M. Hudson relève qu'on a peu eu recours aux chambres et que la question ne s'est jamais posée. Il fait observer qu'en vertu du présent Statut, la Cour élit certains de ses membres pour siéger dans les chambres pour un nombre d'années déterminé et que les parties ne décident ni du nombre ni de la composition des chambres. M. Hudson a l'impression que le sous-comité est en train de proposer un système entièrement différent lorsqu'il prévoit la constitution *ad hoc* de chambres avec l'assentiment des parties. » (*Ibid.*, p. 199, le 16 avril 1945.)

Bien entendu l'observation de M. Hudson selon laquelle, en vertu des dispositions de l'ancien Statut, « les parties ne décident ni du nombre ni de la composition des chambres » était juste. Elle montre aussi que M. Hudson se rendait compte qu'il fallait distinguer entre « nombre » et « composition ». Dans la nouvelle disposition, il n'était question que du « nombre », et les comptes rendus reflètent clairement une tendance à considérer qu'elle était limitée à cet aspect. Pour « entièrement différent » que fût le nouveau système, il aurait fallu un fort glissement de sens pour que la mention explicite du « nombre » s'entende aussi de la « composition ». Comme on l'a vu, la Cour elle-même, par le biais de l'article 71, paragraphe 3, de son Règlement de 1946, ne procédait à aucune extension de ce genre : la disposition en question stipulait expressément et délibérément que le Président s'informe « des désirs des parties au sujet du nombre des juges qui devront siéger dans cette Chambre ». Il y a tout lieu de supposer que les juges qui ont rédigé cet article du Règlement en 1946 avaient suffisamment présent à l'esprit les travaux d'élaboration du nouveau Statut pour en saisir correctement le sens sur ce point. Si l'intention des rédacteurs du Statut avait été de sanctionner la consultation des parties pour la composition des chambres, il est surprenant, s'agissant d'un point aussi important, qu'il ait fallu plus d'un quart de siècle à la Cour pour le deviner et insérer une disposition à cet effet dans son nouveau Règlement.

Même si M. Hudson entendait les choses différemment, ce qui est douteux, rien dans les comptes rendus ne permet de penser qu'une interprétation aussi étrange et aussi artificielle ait été partagée par d'autres membres du comité de juristes de Washington. Deux des orateurs qui sont intervenus par la suite, M. Cordova, ambassadeur du Mexique, et M. Hackworth, président du comité, n'ont parlé que du « nombre » des juges. M. Cordova

to be given the power to fix the number to sit in the chambers and the parties given the opportunity to approve this arrangement" (*ibid.*). The chairman of the drafting committee did subsequently say that the draft Article 26 "provided that when the Court set up chambers to decide particular cases the approval of the parties should be obtained. This was in harmony with the advice of three judges of the Court" (*ibid.*, p. 221). But it would not be right to suppose that other members could have understood this language as embracing a requirement for obtaining the approval of the parties for the selection of particular judges. Referring to a statement made by Mr. Fitzmaurice on 16 April 1945, the record reads:

> "Mr. Fitzmaurice (United Kingdom) suggested that the Court should not be obliged to set up chambers in advance but if the Court decided to establish standing chambers the number should be fixed by the Court. If chambers were established *ad hoc*, the number of judges would be fixed by the Court with the consent of the parties. The question being put in this form, there were 21 votes in favor, and none in opposition." (*Ibid.*, p. 202.)

The form in which the question was put and unanimously answered could hardly have suggested to any of the participants that it concerned a requirement to obtain "the consent of the parties" for the selection of particular serving judges as members of an *ad hoc* chamber.

Judge Delgado of the Philippine Commonwealth, who spoke in the Committee of Jurists on 18 April 1945, did speak of "the composition of the chambers", but he did so in a manner which showed how utterly unacceptable he would have considered the idea of the parties being given a right to influence selection. The record reads in part:

> "Judge Delgado (Philippine Commonwealth) suggested that the number of judges to compose a chamber should be specified in paragraph 2 [of Article 26 of the Statute] as well as in paragraph 1 . . . The Chairman explained that in paragraph 2 it had been desired to leave the matter to the discretion of the parties . . . Judge Delgado . . . thought paragraph 2 should be consistent with paragraph 1, and he did not wish to have the composition of the chambers determined by political agencies." (*Ibid.*, p. 222.)

Judge Delgado was clearly opposed to conceding control, even if limited to "number", lest this should let in political influence over "composition".

In all the circumstances, it would require more than an isolated remark of the kind made by Judge Hudson to evidence a credible intention to effect by indirection an amendment of manifest substance in the inherited scheme of the Statute of the Permanent Court — an amendment of sub-

a notamment « fait remarquer qu'il fallait donner à la Cour le pouvoir de fixer le nombre des juges siégeant dans les chambres et donner aux parties la possibilité d'approuver cet arrangement » *(ibid.)*. Le président du comité de rédaction a effectivement déclaré par la suite que le projet d'article 26 « disposait que, lorsque la Cour constituait des chambres pour connaître d'affaires déterminées, l'assentiment des parties devrait être obtenu. Sur ce point, trois juges de la Cour étaient du même avis » (*ibid.*, p. 221). Mais on aurait tort de supposer que d'autres membres aient pu considérer que ce libellé impliquait l'obligation d'obtenir l'assentiment des parties pour le choix de certains juges. M. Fitzmaurice a le 16 avril 1945 fait à ce propos une déclaration que le compte rendu relate comme suit :

> « M. Fitzmaurice (Royaume-Uni) dit que la Cour ne devrait pas etre obligée de constituer des chambres d'avance mais que si la Cour décidait d'établir des chambres permanentes, elle devrait en fixer le nombre. Si des chambres étaient constituées pour connaître d'une affaire déterminée, le nombre des juges serait fixé par la Cour avec l'assentiment des parties. Posée de cette façon, la question avait recueilli 21 voix pour contre zéro. » (*Ibid.*, p. 202.)

La forme sous laquelle la question a été posée et a recueilli cette réponse unanime ne pouvait guère donner à penser à aucun des participants qu'elle avait trait à une condition visant à obtenir le consentement des parties pour le choix de certains juges titulaires comme membres d'une chambre *ad hoc*.

M. Delgado, juge du Commonwealth des Philippines, prenant la parole au comité de juristes le 18 avril 1945, a effectivement parlé de « la composition des chambres », mais en des termes qui montrent qu'il aurait jugé totalement inacceptable que l'on donne aux parties le droit d'influencer le choix de la Cour. On lit ce qui suit dans le compte rendu :

> « M. Delgado (Commonwealth des Philippines) dit que le nombre des juges désignés pour former une chambre devrait être précisé au paragraphe 2 [de l'article 26 du Statut] ainsi qu'au paragraphe 1er... Le Président explique qu'au paragraphe 2 on a souhaité laisser la question à la discrétion des parties... M. Delgado ... estime que le paragraphe 2 doit être conforme au paragraphe 1er; il ne souhaite pas que la composition des chambres soit déterminée par des instances politiques. » (*Ibid.*, p. 222.)

M. Delgado était nettement opposé à l'idée d'accorder aux parties un contrôle, fût-il limité au « nombre » des juges, de crainte d'ouvrir la voie à des influences politiques sur la « composition ».

En tout état de cause, il faudrait plus qu'une remarque isolée du genre de celle de M. Hudson pour attester de manière crédible qu'on entendait apporter par des voies indirectes ce qui constitue manifestement une modification de fond au système hérité de la Cour permanente — une

stance because, as Judge Hudson himself almost certainly knew (see Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 179, footnote 49) and as has been mentioned above, a 1920 proposal to permit parties to nominate the members of a chamber had been rejected on the precise ground that "this method would too much resemble that proper to arbitration". That ground went of course to the heart of the judicial character of the Court. To modify that character on the slender foundation of Judge Hudson's remark would seem a somewhat daunting enterprise. In the *North Sea Continental Shelf* cases (*Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands*), Judge Ammoun made a remark which comes to mind: "But if such had been the intention of the authors of the Convention, they would have expressed it, instead of allowing it to be deduced in such a laborious fashion." (*I.C.J. Reports 1969*, p. 115.)

Opposing arguments have largely founded themselves on a statement, also much quoted, made by Judge Jessup in 1970 when he said:

> "It has been suggested elsewhere that if the difficulty of resort to the International Court of Justice lies in a State's preference for a tribunal in whose composition it will have a say, this result can be achieved by the use of 'a Chamber for dealing with a particular case', as is authorized by Article 26 (2) of the Statute. Under Article 31 of the Statute, the provisions about national judges are applicable to such a Chamber so that the Chamber could be composed of a judge of the nationality of each one of the parties, with a third judge elected by the Court very much as the President of the Court now often is authorized to appoint presiding arbitrators." (Philip C. Jessup, "To Form a More Perfect United Nations", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 129 (1970-I), p. 21.)

The procedure contemplated by Judge Jessup, as illustrated by himself, (Philip C. Jessup, *The Price of International Justice*, 1971, pp. 62-64) involved, first, an election by the Court of three of its Members to be members of the chamber; second, if necessary, the standing down, at the request of the President, of one or two of those elected to allow each party to have its own judge on the chamber; and, third, the appointment of a replacement judge or judges by each party, as may be necessary. That procedure would not involve the parties in having a say either in the election by the Court of the original three members of the chamber or in the decision of the President as to which of them should stand down. If Judge Jessup then intended that the parties should have such a say, he did not say so in the particular passage relied upon for imputing that view to him.

Judge Jessup's proposal for giving the parties a say in the composition of a chamber worked itself out through the appointment of party-selected judges to a small three-member chamber, with one or two elected judges

modification de fond, parce que ainsi que M. Hudson lui-même le savait très probablement (voir Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 179, note 49) et ainsi que je l'ai déjà indiqué, en 1920 une proposition tendant à permettre aux parties de désigner les membres d'une chambre avait été rejetée précisément parce que «cette méthode ressemblerait trop à celle qui est propre à l'arbitrage». Ce rejet était évidemment motivé par le caractère judiciaire même de la Cour. Modifier ce caractère sur le seul fondement de la remarque de M. Hudson semble une entreprise quelque peu hasardeuse. Au sujet des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, M. Ammoun a fait une observation qui me revient à l'esprit: «Pourtant, si telle avait été l'intention des auteurs de la Convention, ils l'auraient exprimée au lieu de la laisser déduire aussi laborieusement.» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 115.)

Pour soutenir le contraire, on s'est surtout fondé sur la déclaration suivante, également souvent citée, faite par M. Jessup en 1970:

> «On a suggéré ailleurs que si ce qui rend difficile le recours à la Cour internationale de Justice est que les Etats préfèrent aller devant un tribunal sur la composition duquel il ont leur mot à dire, ce résultat peut être obtenu en recourant à «une chambre pour connaître d'une affaire déterminée», comme le permet le paragraphe 2 de l'article 26 du Statut. En vertu de l'article 31 du Statut, les dispositions relatives aux juges nationaux sont applicables à une telle chambre, qui pourrait ainsi être composée d'un juge de la nationalité de chacune des parties, tandis qu'un troisième juge serait élu par la Cour, tout comme le Président de la Cour est, de nos jours, souvent habilité à désigner des surarbitres.» (Philip C. Jessup, «To Form a More Perfect United Nations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 129 (1970-I), p. 21.)

La procédure que M. Jessup envisage, telle qu'il la décrit lui-même dans son ouvrage (Philip C. Jessup, *The Price of International Justice*, 1971, p. 62-64), est la suivante: premièrement, la Cour élit trois de ses juges titulaires comme membres de la chambre; deuxièmement, si nécessaire, le Président prie un ou deux des juges élus de céder leur place pour permettre à chacune des parties d'avoir son propre juge à la chambre; troisièmement, l'une ou l'autre partie désigne au besoin un juge de remplacement. Selon cette procédure, les parties n'interviennent ni lors de l'élection par la Cour des trois membres originels de la chambre ni lorsque le Président décide lesquels d'entre eux doivent céder leur place. Si, à cette époque, M. Jessup estimait que les parties devaient avoir leur mot à dire à ce sujet, il ne l'a pas déclaré dans l'extrait qu'on invoque pour lui imputer cette façon de voir.

La formule proposée par M. Jessup pour permettre aux parties d'intervenir dans la composition d'une chambre revenait à intégrer des juges désignés par les parties dans une chambre réduite à trois membres, un ou

yielding up their places if necessary. There seems to be nothing in his published model which suggests that he then considered that the Rules of Court could be amended consistently with the Statute to give the parties a say in that part of the procedure by which the Court elects serving judges to be members of an *ad hoc* chamber and the President decides which of them should then stand down. Similar observations apply to the earlier ideas of Mr. James N. Hyde on the subject (James N. Hyde, "A Special Chamber of the International Court of Justice — an Alternative to *Ad Hoc* Arbitration", *American Journal of International Law*, 1968, Vol. 62, p. 439). Both writers would have had good reason for not going so far. The wording of Article 31, paragraph 4, of the Statute strongly suggests that the system regulating the sitting of party-selected judges on an *ad hoc* chamber assumed that the parties had no influence on, and no advance knowledge of, the results of the election made by the Court of serving judges to be members of the chamber. Thus, in the case of litigating States with nationals already on the Bench, it was only in the after-light of the results of the election that a determination could be made by the President of the extent to which it might be necessary to activate the procedure relating to national judges. Nor was it a foregone conclusion that litigating States with no nationals on the Bench would always wish to appoint *ad hoc* judges to a chamber; following on an election they might conceivably be so satisfied with the resulting composition of the chamber as to abstain from exercising their entitlement to appoint *ad hoc* judges, in like manner as some States have abstained from doing so in relation to the full Court. This system, with its associated assumptions as to lack of influence on, or advance knowledge of, the results of an election, was based directly on the Statute itself. And the Statute continues in full force.

Although considering that the names of members of an *ad hoc* chamber who were to be requested by the President to "step down" in favour of judges chosen by the parties could also be the subject of consultation between the President and the parties, Judge Jiménez de Aréchaga clearly recognized that what I would for convenience call the "standing-down procedure", as laid down by Article 31, paragraph 4, of the Statute, would continue to apply to such a chamber even after the 1972 amendments (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 3). A neglect in the Rules to reflect that fact was rightly cured by an appropriate change made in 1978 in Article 17, paragraph 2, of the Rules. As I sought to point out more fully in the separate opinion which I appended to the Order made in this case on 13 December 1989 (*I.C.J. Reports 1989*, pp. 165-167), the prescribed procedure was correctly observed in the case of the *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Constitution of Chamber* (*I.C.J. Reports 1982*, pp. 4, 8 and 9). It was not applied in the case concerning *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Constitution of Chamber* (*I.C.J. Reports 1987*, pp. 3-4) for the reason that (however it came about) the

deux des juges élus cédant leur place si nécessaire. Il semble que rien dans le modèle que M. Jessup a publié ne permette de penser qu'il estimait alors que le Règlement de la Cour pouvait être amendé, d'une façon qui fût conforme au Statut, pour donner aux parties leur mot à dire dans la phase de la procédure où la Cour élit des juges titulaires comme membres d'une chambre *ad hoc* et où le Président décide quels sont ceux qui doivent alors céder leur place. Les mêmes observations s'appliquent aux idées que M. James N. Hyde avait déjà émises sur la question (James N. Hyde, « A Special Chamber of the International Court of Justice — an Alternative to *Ad Hoc* Arbitration », *American Journal of International Law*, 1968, vol. 62, p. 439). L'un comme l'autre de ces auteurs devaient avoir de bonnes raisons pour ne pas aller aussi loin. Le libellé du paragraphe 4 de l'article 31 du Statut donne fortement à penser que le système régissant la participation aux chambres *ad hoc* de juges désignés par les parties reposait sur l'hypothèse que les parties n'avaient aucune influence sur les résultats de l'élection par la Cour des juges titulaires appelés à siéger à une chambre ni aucune manière de connaître ces résultats à l'avance. Ainsi, dans le cas d'Etats en litige dont des ressortissants étaient déjà sur le siège, ce n'était qu'à la lumière des résultats de l'élection que le Président pouvait déterminer dans quelle mesure il était nécessaire d'engager la procédure de désignation de juges nationaux. On ne pouvait non plus conclure à priori que des Etats en litige n'ayant pas de ressortissant parmi les juges titulaires voudraient toujours désigner un juge *ad hoc* pour siéger à une chambre; on pouvait concevoir qu'à l'issue d'une élection ils fussent satisfaits de la composition de la chambre résultant du scrutin au point de s'abstenir d'exercer leur droit de désigner des juges *ad hoc*, comme certains Etats se sont abstenus de le faire devant la Cour plénière. Ce système, qui postule qu'aucune influence ne s'exerce sur l'élection et que les résultats n'en sont pas connus d'avance, était directement fondé sur le Statut. Et le Statut demeure pleinement en vigueur.

Tout en estimant que les noms des membres d'une chambre *ad hoc* que le Président prierait de « céder leur place » à des juges désignés par les parties pourrait aussi faire l'objet de consultations entre le Président et les parties, M. Jiménez de Aréchaga a clairement reconnu que la procédure que j'appellerai pour la commodité la « procédure de désistement », telle qu'elle est prévue à l'article 31, paragraphe 4, du Statut, continuerait de s'appliquer aux chambres *ad hoc* même après les amendements apportés au Règlement en 1972 (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 3). On a remédié comme il le fallait à l'oubli de cet aspect dans le Règlement en apportant, en 1978, une modification appropriée à l'article 17, paragraphe 2. Comme je me suis efforcé de le mettre plus pleinement en lumière dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 13 décembre 1989 en la présente affaire (*C.I.J. Recueil 1989*, p. 165-167), la procédure prescrite a été correctement suivie dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 4, 8 et 9). Mais elle n'a pas été appliquée dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), constitu-*

elected judges included two serving national judges. It was not applied in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Constitution of Chamber* (*I.C.J. Reports 1985*, pp. 6-7) nor in the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Constitution of Chamber* (*I.C.J. Reports 1987*, p. 10). The Orders of Court in these two cases simply show the election of three serving judges and the addition of two named *ad hoc* judges. The Court did not, as it ought to have done under the prescribed procedure, elect five serving judges subject to two being asked to stand down in favour of *ad hoc* judges to be *later* chosen by the parties. Contrary to the laid down sequence, the two *ad hoc* judges were chosen by the parties *before* the election by the Court of any serving judges. The observance of the standing-down procedure prescribed by Article 31, paragraph 4, of the Statute made no practical sense in a situation in which the Court was in fact electing serving judges who had been previously designated by the parties (see Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court, A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 43). The logic of allowing the parties a right to exercise "decisive influence" over selection would naturally lead to dispensation with that procedure. The question remains whether it was competent for the Court to confer such a right on them by Rules of Court.

A negative answer to that question is suggested by the inescapable fact that the standing-down procedure continues to apply to *ad hoc* chambers by virtue of the express provisions of Article 31, paragraph 4, of the Statute itself. Neither the Rules of Court nor any practice adopted by the Court can vary the scheme as laid down in those overriding provisions of the master law. Indeed, as has been noticed, the applicability of that scheme to *ad hoc* chambers was expressly and correctly recognized by an amendment made in Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court in 1978. It applies to other chambers by virtue of Article 91, paragraph 2, of the Rules. What does therefore emerge is that the very decision to dispense with the standing-down procedure in relation to *ad hoc* chambers is an indication of the extent to which practical control over selection of serving judges as members of such chambers has been conceded to the parties; for it is only on this basis that the observance of a procedure still legally commanded both by the Statute and by the Rules would become the pointless ritual which presumably led to the decision to ignore its continuing existence in law.

It is not a persuasive answer to say that the application of the standing-down procedure of Article 31, paragraph 4, of the Statute to chambers dated back to 1936 before the establishment of *ad hoc* chambers was visualized. Article 31, paragraph 4, was in fact modified in 1945 to reflect

tion de chambre (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 3-4) parce qu'il s'est trouvé que la chambre comptait au nombre de ses membres élus deux juges titulaires de la nationalité des parties. On n'a pas non plus appliqué cette procédure dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 6-7) ni dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 10). Les ordonnances rendues par la Cour dans ces deux dernières affaires se bornent à prendre acte de l'élection de trois juges titulaires et de l'adjonction de deux juges *ad hoc* nommément désignés. La Cour n'a pas, comme elle aurait dû le faire selon la procédure prescrite, élu cinq juges titulaires en réservant la possibilité pour le Président de prier deux d'entre eux de céder leur place à des juges *ad hoc* devant être désignés ultérieurement par les parties. La chronologie prévue n'a pas été respectée puisque les deux juges *ad hoc* ont été désignés par les parties *avant* l'élection par la Cour des trois juges titulaires. Le respect de la procédure de désistement prescrite à l'article 31, paragraphe 4, du Statut n'avait aucun sens en pratique puisqu'en fait la Cour élisait des juges titulaires qui avaient été préalablement désignés par les parties (voir Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court, A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 43). Logiquement, accorder aux parties le droit d'exercer une «influence décisive» sur le choix des membres de la chambre conduisait naturellement à faire l'économie de cette procédure. Reste à savoir si la Cour pouvait conférer ce droit aux parties par le biais d'une disposition de son Règlement.

Il semble qu'à cette question la réponse soit négative, compte tenu du fait incontournable que la procédure par laquelle un juge cède sa place continue de s'appliquer aux chambres *ad hoc* en vertu des dispositions expresses de l'article 31, paragraphe 4, du Statut lui-même. Ni le Règlement ni aucune pratique de la Cour ne peuvent modifier le mécanisme établi dans ces dispositions prééminentes de la loi fondamentale. D'ailleurs, comme on l'a relevé, la Cour a expressément et à juste titre reconnu que ce système était applicable aux chambres *ad hoc* par un amendement qu'elle a apporté en 1978 à l'article 17, paragraphe 2, de son Règlement. Il s'applique à d'autres chambres en vertu de l'article 91, paragraphe 2, du Règlement. Il apparaît donc que la décision même de se dispenser de la procédure de désistement pour la constitution des chambres *ad hoc* est révélatrice de la mesure dans laquelle on a en pratique accordé aux parties un contrôle sur la désignation des juges titulaires comme membres de telles chambres; car c'est seulement sur cette base que le respect d'une procédure que le Statut et le Règlement continuent en droit de prescrire a pu devenir le vain rituel qui a vraisemblablement amené la Cour à décider de faire comme si ladite procédure ne continuait pas, juridiquement, d'exister.

Répondre à cela que l'application aux chambres de la procédure prévue à l'article 31, paragraphe 4, du Statut remonte à 1936, avant qu'on eût envisagé de créer des chambres *ad hoc*, ne serait guère convaincant. En réalité, l'article 31, paragraphe 4, a été amendé en 1945 pour intégrer d'autres

other changes made in the new Statute in relation to chambers, in consequence of which an earlier reference in that provision to Article 27 had to be deleted. In so far as concerned the applicability of Article 31, paragraph 4, to the new Article 26, paragraph 2, relating to *ad hoc* chambers, the records of the Washington Committee of Jurists for 18 April 1945 read:

> "*Article 31.* Mr. Fitzmaurice (United Kingdom) raised the question whether paragraph 4 of Article 31 was not already covered by paragraph 2 of Article 26. It was decided to leave paragraph 4 of Article 31 as it stood, and Judge Hudson noted that under paragraph 2 of Article 26 the Court could not appoint *ad hoc* judges. Professor Basdevant (France) noted a mistake in the French text of paragraph 4 of Article 31." (*Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, Vol. XIV, p. 224.)

So the relationship between Article 31, paragraph 4, and the new Article 26, paragraph 2, relating to *ad hoc* chambers did receive consideration. It is reasonable to assume that if Article 31, paragraph 4, was left in a form which made it applicable "as it stood" to the new provisions relating to *ad hoc* chambers, this was because this result was deliberately intended. And it was deliberately intended because the Statute was not based on any idea of parties having any influence over the selection of serving judges to be members of such a chamber. It is only if a different view is taken on this pivotal point that the application of the standing-down procedure of Article 31, paragraph 4, to *ad hoc* chambers can appear aberrant (cf. Geneviève Guyomar, "La constitution au sein de la Cour internationale de Justice d'une chambre chargée de régler le différend de frontières maritimes entre les Etats-Unis et le Canada", *Annuaire français de droit international*, 1981, Vol. XXVII, p. 220). Far from appearing aberrant to Judge Jessup, that procedure constituted an essential building block of his 1970 model.

With respect to the argument that the express reference to "number" excludes "composition", it has been said: "This objection is not of a very important character since nothing in the Statute would forbid the President to consult." (Edvard Hambro, *loc. cit.*, p. 369.) It is submitted that there is indeed something in the Statute which forbids the President from doing so, and that the objection based on it cannot be brushed aside as being "not of a very important character". The whole nature of the Court, as a court of justice, constitutes a prohibition, no less clear for being implied, against giving the parties any say in the selection of judges to hear a case, whether through the Rules of Court or otherwise, and whether in whole or in part, except in the case of *ad hoc* judges. So fundamental was that prohibition to the character of the Court as a court of justice, as distinguished from an arbitral body, that it was no more necessary to express it

modifications au nouveau Statut en ce qui concerne les chambres, ce qui a amené à supprimer un renvoi à l'article 27 qui figurait précédemment dans cette disposition. Pour ce qui concerne l'applicabilité du paragraphe 4 de l'article 31 au nouveau paragraphe 2 de l'article 26 du Statut, relatif aux chambres *ad hoc*, le compte rendu de la séance du 18 avril 1945 tenue par le comité de juristes de Washington indique ce qui suit :

> « *Article 31.* M. Fitzmaurice (Royaume-Uni) se demande si le cas prévu au paragraphe 4 de l'article 31 n'est pas déjà couvert par le paragraphe 2 de l'article 26. Il est décidé de laisser le paragraphe 4 de l'article 31 tel quel, et M. Hudson, juge, fait observer qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 26, la Cour ne peut pas désigner de juges *ad hoc*. M. Basdevant (France) relève qu'une erreur s'est glissée dans le texte français du paragraphe 4 de l'article 31. » (*Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 224.)

Ainsi, la relation entre le paragraphe 4 de l'article 31 et le nouveau paragraphe 2 de l'article 26 relatif aux chambres *ad hoc* a bien été examinée. On peut raisonnablement supposer que si l'article 31, paragraphe 4, a été laissé sous une forme qui le rendait applicable « tel quel » aux nouvelles dispositions relatives aux chambres *ad hoc*, c'est parce que l'on visait délibérément ce résultat. Et l'on visait délibérément ce résultat parce que le Statut n'était nullement fondé sur l'idée que les parties pourraient avoir une influence sur la désignation de juges titulaires appelés à siéger à une chambre *ad hoc*. Ce n'est que si l'on voit les choses différemment en ce qui concerne ce point essentiel que l'application aux chambres *ad hoc* de la procédure suivant laquelle un juge titulaire cède sa place comme prévu à l'article 31, paragraphe 4, du Statut peut paraître aberrante (voir Geneviève Guyomar, « La constitution au sein de la Cour internationale de Justice d'une chambre chargée de régler le différend de frontières maritimes entre les Etats-Unis et le Canada », *Annuaire français de droit international*, 1981, vol. XXVII, p. 220). Loin de paraître aberrante à M. Jessup, cette procédure constituait l'une des pierres angulaires du modèle qu'il avait proposé en 1970.

Quant à l'argument selon lequel la référence au « nombre » exclut la « composition », on a déclaré : « cette objection n'a pas un caractère très important puisque rien dans le Statut n'interdirait au Président de procéder à des consultations » (Edvard Hambro, *loc. cit.*, p. 369). Or j'estime qu'il y a en fait dans le Statut quelque chose qui interdit au Président de le faire, et que l'objection ainsi fondée ne saurait être écartée au motif qu'elle n'a pas « un caractère très important ». La nature même de la Cour en tant que cour de justice implique une interdiction, qui pour être implicite n'en est pas moins claire, de permettre aux parties d'intervenir dans la désignation des juges appelés à connaître d'une affaire, que ce soit par le biais du Règlement de la Cour ou autrement, en tout ou en partie, sauf lorsqu'il s'agit de juges *ad hoc*. Cette interdiction était si fondamentale pour le caractère de la Cour en tant que cour de justice, par opposition à un

in its Statute than it would have been to do so in the constitution of any other "court of justice" within the normal acceptation of the meaning of this expression.

This implied prohibition is not neutralized by approaching the matter from the point of view of the doctrine of implied powers. True, the fact that specific powers are conferred on a body does not necessarily imply the non-existence of others. But the latter do not float around at large. In the last analysis, all the powers of a body must be conferred by its constituent instrument, whether expressly or impliedly. Speaking of the powers of the United Nations, the Court said:

> "It must be acknowledged that its Members, by entrusting certain functions to it, with the attendant duties and responsibilities, have clothed it with the competence *required* to enable those functions to be effectively discharged." (*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, I.C.J. Reports 1949*, p. 179; emphasis supplied.)

At page 182, the Court added:

> "Under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being *essential* to the performance of its duties." (*Ibid.*; emphasis supplied.)

Putting greater emphasis on the extent to which such additional powers must be so required, Judge Hackworth, dissenting, stated:

> "Powers not expressed cannot freely be implied. Implied powers flow from a grant of expressed powers, and are limited to those that are 'necessary' to the exercise of powers expressly granted." (*Ibid.*, p. 198. See also, by him, *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J. Reports 1954*, p. 80.)

The need for some limitation was also recognized by Judge Fitzmaurice in *Certain Expenses of the United Nations* (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 208, 213). (See also, by him, "Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge" — Part III, *British Year Book of International Law*, 1963, Vol. 39, p. 154, footnote, and his separate opinion in the *Golder* case, European Court of Human Rights, judgment of 21 February 1975, Series A, Vol. 18, p. 32.)

However elastic may be the test to be applied in determining the existence and extent of implied powers — and undue rigidity is surely to be avoided — it seems in any event clear that a constituent instrument cannot be read as implying the existence of powers which contradict the essential

organe arbitral, qu'il n'était pas plus nécessaire de le dire textuellement dans son Statut qu'il ne l'aurait été dans la constitution de toute autre « cour de justice » au sens que l'on donne normalement à cette expression.

Cette interdiction implicite n'est pas neutralisée si l'on envisage la question du point de vue de la doctrine des pouvoirs implicites. Certes, le fait que certains pouvoirs sont expressément conférés à un organe ne signifie pas nécessairement qu'il n'en a pas d'autres. Mais ces derniers ne sont pas là qui flottent dans la nature. En dernière analyse, tous les pouvoirs que possède un organe doivent lui être conférés par son instrument constitutif, que ce soit expressément ou implicitement. S'agissant des pouvoirs de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a déclaré ce qui suit :

> « On doit admettre que ses Membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence *nécessaire* pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions. » (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949*, p. 179 ; les italiques sont de moi.)

A la page 182, la Cour ajoutait :

> « Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'*essentiels* à l'exercice des fonctions de celle-ci. » (*Ibid.* ; les italiques sont de moi.)

Insistant davantage sur le fait que de tels pouvoirs additionnels doivent répondre à une nécessité, M. Hackworth a déclaré dans son opinion dissidente :

> « Des pouvoirs qui ne sont pas expressément conférés ne sauraient être présumés. Des pouvoirs présumés découlent de l'octroi de pouvoirs exprès ; n'existent que ceux qui sont « nécessaires » à l'exercice des pouvoirs expressément conférés. » (*Ibid.*, p. 198 ; voir également une autre opinion dissidente du même juge dans l'affaire de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, C.I.J. Recueil 1954* p. 80.)

La nécessité d'une limitation a également été reconnue par M. Fitzmaurice dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 208 et 213). (Voir également son article intitulé « Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge » — Part II!, *British Year Book of International Law*, 1963, vol. 39, p. 154, note de bas de page, et son opinion individuelle dans l'affaire *Golder*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 février 1975, série A, vol. 18, p. 32.)

Quelle que soit l'élasticité du critère applicable pour déterminer l'existence et l'étendue de pouvoirs présumés — il est certain qu'il faut éviter toute rigidité indue à cet égard —, il semble clair en tout cas qu'un acte constitutif ne peut être lu comme impliquant l'existence de pouvoirs qui

nature of the organization which it creates to exercise them. Powers of that kind could not be described as "required" or "essential" (within the meaning of the *Reparation* case) to enable the organization effectively to discharge the functions laid upon it by its organic text.

As sought to be shown above, the basis on which the Court was created leaves no room for doubt that, notwithstanding the limited extent to which the appointment of *ad hoc* judges was permitted, the Court was intended to function as a court of justice as generally understood. As I have had occasion to opine in the case of the *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* (*I.C.J. Reports 1989*, p. 213), the chief characteristic of a court of justice is that it is invested with judicial power. In the normal case, some external agency possessed of appropriate legislative competence over the jurisdiction of a court of justice, or, failing that (as in this case), the machinery competent to amend the constitution of the court, may well have authority to modify the extent of the court's original endowment of judicial power; but, however that may be, the court itself is powerless to alienate any part of its grant. The definition of judicial power can be a matter of difficulty, but it is reasonably clear that it includes not merely the power to hear and determine, but also, where necessary, the power to decide what particular members of the court shall hear and determine any particular case. The latter is part of the process by which the Court determines how it will exercise judicial power.

Absent any specific guidance in the literature of the Court, and the matter being one of general jurisprudence, I turn to the approach taken at the municipal level in *Reg.* v. *Liyanage* ((1963) 64 N.L.R. 313, at p. 359, considered in *Liyanage* v. *The Queen* [1967] 1 A.C. 259, P.C.) in which the Supreme Court of Ceylon struck down a law purporting to authorize a Minister to designate three serving judges to try certain persons on particular charges, the ground given by the Court being that the power to select judges to hear particular cases was part of the inalienable judicial power of the Court. The reasoning in that case is not applicable here in its entirety. But it is in large part. It may be observed, in particular, that, mirroring in principle the position in that case, throughout the history of the World Court right up to the 1972 changes, the selection of serving judges of the Court to be members of a chamber rested exclusively with the Court itself. It is inconceivable that the Court would have regarded that right as anything other than an integral part of its judicial power. It is useful also to note certain references in the cited case to possible exclusion of some judges from rightful participation in the exercise of the Court's judicial power, the risk of undignified treatment of the head of the Court, and, more pertinently, the possibility of judges being selected by a party interested in the litigation. The case was, of course, decided at the municipal level. But it seems to me that it would be rash to dismiss it entirely on that account: except where clearly provided otherwise in the Statute, it would

vont à l'encontre de la nature essentielle de l'organisation qu'il crée pour les exercer. Les pouvoirs de ce type ne pourraient être qualifiés de « nécessaires » ou d'« essentiels » (au sens qu'ont ces termes dans l'affaire de la *Réparation*) à l'organisation pour exercer efficacement les attributions que lui confère son texte organique.

Comme on s'efforce de le montrer ci-dessus, la base sur laquelle la Cour a été créée ne permet pas de douter que, bien que la désignation de juges *ad hoc* fût autorisée dans certaines limites, la Cour devait fonctionner comme une cour de justice au sens que l'on donne généralement à cette expression. Comme j'ai eu l'occasion de le déclarer dans l'affaire de l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1989*, p. 213), le principal attribut d'une cour de justice est d'être investie d'un pouvoir judiciaire. Normalement, une autorité extérieure investie de la compétence législative appropriée sur la juridiction d'une cour de justice, ou, à défaut (comme dans la présente affaire), les instances compétentes pour modifier l'acte constitutif de la cour peuvent très bien être habilitées à modifier l'étendue du pouvoir judiciaire qui lui a été initialement conféré; mais quoi qu'il en soit, la cour elle-même ne peut pas aliéner une partie quelconque de ce qui lui a été octroyé. Il peut être difficile de définir le pouvoir judiciaire, mais il est raisonnablement clair qu'il ne comprend pas seulement le pouvoir de statuer, mais aussi, le cas échéant, celui de décider quels membres de la cour statueront dans une affaire donnée, l'exercice de ce dernier pouvoir s'inscrivant dans le processus par lequel la cour fixe les modalités de l'exercice de son pouvoir judiciaire.

En l'absence d'indication spécifique dans les textes de la Cour, et s'agissant d'une question de théorie générale du droit, je me réfère à la position adoptée en droit interne dans l'affaire *Reg.* v. *Liyanage* ((1963) 64 N.L.R. 313, p. 359, examinée dans *Liyanage* v. *The Queen* [1967] 1 A.C. 259, P.C.) dans laquelle la Cour suprême de Ceylan a annulé une loi visant à autoriser un ministre à désigner trois juges titulaires pour juger certaines personnes du chef d'infractions particulières au motif que le pouvoir de désigner des juges appelés à connaître d'affaires déterminées faisait partie du pouvoir judiciaire inaliénable de la Cour. Si le raisonnement suivi dans cette affaire n'est pas applicable dans sa totalité à la présente espèce, il l'est en grande partie. On remarquera en particulier que par principe, comme c'était le cas dans cette affaire, tout au long de l'histoire de la Cour mondiale jusqu'aux modifications de 1972, la sélection des juges de la Cour appelés à siéger à une chambre relevait exclusivement de la Cour elle-même. Il est inconcevable que la Cour ait considéré ce droit comme ne faisant pas partie intégrante de son pouvoir judiciaire. Il est également utile de noter dans la décision rendue dans cette affaire des références à la possibilité d'empêcher certains juges de participer comme ils en ont le droit à l'exercice du pouvoir judiciaire de la Cour, au risque qu'il soit porté atteinte à la dignité du Président de la Cour et, plus pertinemment, à la possibilité que certains juges soient désignés par une partie ayant un intérêt dans le litige. Certes, l'affaire a été jugée par un tribunal

be a profitless, if not dangerous, affectation to appeal to the international status of the International Court of Justice to suggest that it occupies a materially different position in respect of matters normally regarded as inconsistent with the basic concept of a court of justice under municipal law.

The Ceylon case involved the municipal law concept of separation of powers, and this, it has been held, is "not applicable to the relations among international institutions for the settlement of disputes" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports 1984*, p. 433). But this dictum has no application to the question whether the Court itself may allow such judicial power as has in fact been vested in it to be exercised by persons other than itself. True, also, the Ceylon case involved an outright designation of judges by an agency external to the court, whereas the system under review only gives to the parties a say in the designation, which remains ultimately with the Court itself, with the right to decide differently if it wishes. But there is difficulty in conceding that this should make any legal difference. A proper concern for the preservation of the juridical wholeness of the Court does not suggest that this is an area in which fascination with forms can be suffered to prevail over regard for substance. As mentioned earlier, Judge Jiménez de Aréchaga, a principal architect of the new system, had said that the "main change introduced . . . [was] to accord to the parties a decisive influence in the composition of *ad hoc* Chambers" (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 2). No reason appears for thinking that this authoritative statement of purpose differed from actual practice up to the time when the Chamber in this case was established. Even if not "decisive", the influence accorded is certainly substantial, for, as earlier observed, it could not be supposed that the Court was being required to ascertain the views of the parties as to the composition of a chamber while being entirely free to ignore them. Whether "decisive" or "substantial", the influence so given to the parties was, in my respectful opinion, an illicit conveyance of an essential part of the Court's patrimony.

It is true that the secrecy requirement in elections of judges as members of an *ad hoc* chamber continues to apply. But so also does a connected requirement, no less compelling for being assumed, that such elections must also be free. Arguments in opposition to the new system assert that it leads to an infringement of the secrecy requirement in the sense that the result is known in advance. Perhaps, in that sense, there is an infringement, even though the formal procedures do remain secret. But a stronger argument would seem to be that the new system violates a certain freedom of choice which the secrecy provision was intended to insulate against

national. Mais il me semble qu'il serait téméraire de l'écarter uniquement pour cette raison: sauf lorsqu'il est clair que le Statut en dispose autrement, il serait spécieux et vain, voire dangereux, d'invoquer le caractère international de la Cour internationale de Justice pour arguer qu'elle est dans une situation sensiblement différente pour ce qui est des questions normalement considérées comme incompatibles avec la notion fondamentale de cour de justice que connaît le droit interne.

Il est vrai que la décision rendue dans l'affaire ceylanaise s'appuyait sur le principe de droit interne de la séparation des pouvoirs, dont on a jugé qu'il «ne s'applique pas aux relations entre institutions internationales chargées de régler des différends» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1984*, p. 433). Mais cette considération n'est pas pertinente s'agissant de savoir si la Cour elle-même peut autoriser d'autres qu'elle-même à exercer le pouvoir judiciaire dont elle a en fait été investie. Il est aussi exact que, dans l'affaire ceylanaise, une autorité extérieure à la Cour avait directement désigné des juges, alors que le système à l'examen donne seulement aux parties une voix consultative dans cette désignation, laquelle demeure en dernière instance une prérogative de la Cour elle-même, qui a le droit d'en décider différemment si elle le souhaite. Mais on peut difficilement admettre qu'en droit cela fasse une différence. Le souci bien compris de la préservation de l'intégrité judiciaire de la Cour ne permet pas de considérer qu'il s'agit là d'un domaine dans lequel l'on doive tolérer que la fascination qu'exercent les formes puisse prévaloir sur l'attention au fond. Comme indiqué précédemment, M. Jiménez de Aréchaga, l'un des principaux architectes du nouveau système, a déclaré que la «principale modification ... [a consisté à] ... accorder aux parties une influence décisive dans la composition des chambres *ad hoc*» (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit*, p. 2). Il n'y a aucune raison de penser que, jusqu'à la constitution de la Chambre dans la présente affaire, la pratique ne traduisait pas dans les faits cette déclaration d'intention autorisée. Même si elle n'est pas «décisive», l'influence accordée aux parties est à coup sûr substantielle car, comme on l'a déjà dit précédemment, il n'est pas concevable que la Cour soit tenue de s'enquérir des vues des parties quant à la composition de la chambre tout en étant entièrement libre de les ignorer. Qu'elle soit «décisive» ou «substantielle», l'influence ainsi accordée aux parties est, je le dis respectueusement, une aliénation illicite d'une partie essentielle du patrimoine de la Cour.

Il est vrai que la règle du secret du scrutin demeure en vigueur lors de l'élection des membres d'une chambre *ad hoc*. Mais il en va de même d'une règle connexe, qui bien que tenue pour acquise n'en est pas moins impérative: ces élections doivent être libres. On reproche au nouveau système d'entraîner une violation de la règle du secret dans la mesure où le résultat est connu d'avance. Peut-être, en ce sens, y a-t-il violation, quoique les procédures formelles demeurent secrètes. Mais il semble qu'on doive plutôt reprocher au nouveau système de violer une certaine liberté de choix que la disposition relative au secret du scrutin visait à mettre à

pressure and extraneous influences[1]. In an election of serving judges to be members of a chamber, the voting judge is electing fellow members of a court of justice to hear and determine a case at arm's length between contesting parties. That is a purely domestic exercise of the Court, in relation to which the views of the parties are at best irrelevant, at worst injurious. The effective result of the system under review being to accord them a "decisive influence", it is neither credible nor acceptable to aver that elections made on that basis can realistically claim to represent a free exercise of the will of the Court.

This, in turn, is why it serves little purpose to seek to down-play the status of the requirement for holding elections on the ground that the requirement exists only under the Rules of Court and not under the Statute. True enough. But what does exist under the Statute is an assumption that the selection, however made by the Court, of those of its Members who are to serve as members of a chamber would represent a free and genuine exercise of the will of the Court. It was perfectly proper for the Rules to seek to ensure this important result by enveloping the procedure within the protective framework of an election by secret ballot.

In the case of the *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, construing the word "elected" as it appeared in Article 28 *(a)* of the Convention for the Establishment of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organisation, the Court said:

> "The meaning of the word 'elected' in the Article cannot be determined in isolation by recourse to its usual or common meaning and attaching that meaning to the word where used in the Article. The word obtains its meaning from the context in which it is used. If the context requires a meaning which connotes a wide choice, it must be construed accordingly, just as it must be given a restrictive meaning if the context in which it is used so requires." (*I.C.J. Reports 1960*, p. 158.)

The context of that case favoured a restrictive meaning. In this case, the Rules of Court are to be construed in the light of the Statute, and both must of course be viewed in the light of the Charter, of which the Statute indeed forms part. It is in this way that the context is to be ascertained for the word "election", as it appears in Article 17, paragraph 3, of the Rules of Court, and more particularly as it is linked with the words "by secret ballot" appearing in Article 18, paragraph 1, of the Rules. Thus considered, there is nothing in the context which can so validly constrain the freedom normally associated with the concept of an election by secret ballot as to afford the parties any influence over the result, whether "deci-

[1] For the general theory underlying an electoral secrecy provision, see the *Maple Valley Case* (1926) 1 D.L.R. 808, at pp. 814-815; 29 *Corpus Juris Secundum*, para. 201 (1), pp. 557-558; and *Withers* v. *Board of Commissioners of Harnett County* (1929) 146 S.E. 225, at p. 226.

l'abri des pressions et influences extérieures[1]. Lors de l'élection de juges à une chambre, le juge qui vote élit d'autres membres d'une cour de justice pour statuer avec impartialité dans un litige entre des parties opposées. Il s'agit de l'exercice par la Cour d'une fonction purement interne, pour lequel les vues des parties sont au mieux sans pertinence, au pis insultantes. Le résultat effectif du système à l'examen étant de leur accorder une « influence décisive », il n'est ni crédible ni acceptable d'affirmer que des élections qui ont lieu sur une telle base puissent représenter un libre exercice de la volonté de la Cour.

C'est pourquoi il serait vain d'essayer de minimiser l'importance de la règle qui veut que l'on procède à une élection au motif que cette règle est énoncée dans le seul Règlement, et non dans le Statut. C'est exact. Mais ce que l'on trouve dans le Statut c'est le postulat que la sélection par la Cour, de quelque manière qu'elle y procède, de ceux de ses membres qui composeront une chambre représente un exercice libre et authentique de sa volonté. Il était parfaitement justifié que le Règlement vise à assurer ce résultat important en inscrivant la procédure dans le cadre protecteur d'une élection au scrutin secret.

Dans l'affaire de la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, interprétant le mot « élus » tel qu'il figure à l'article 28 *a)* de la convention portant création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, la Cour a déclaré :

> « On ne saurait déterminer le sens du mot « élus » isolément et par référence à son sens usuel et ordinaire, puis lui attribuer ce sens toutes les fois qu'il est employé dans l'article. Le mot tire son sens du contexte dans lequel il est employé. Si le contexte appelle un sens qui indique un large pouvoir de choix, il doit s'interpréter en conséquence, tout comme il doit se voir attribuer un sens restreint si le contexte l'exige. » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 158.)

Dans l'affaire en question, le contexte favorisait une interprétation restrictive. Dans la présente affaire, le Règlement de la Cour doit être interprété à la lumière du Statut, et l'un comme l'autre doivent bien sûr être considérés à la lumière de la Charte, dont, de fait, le Statut est partie intégrante. C'est ainsi que l'on doit apprécier le contexte dans lequel le mot « élection » est utilisé à l'article 17, paragraphe 3, du Règlement de la Cour, et plus particulièrement en ce qu'il est lié aux mots « au scrutin secret » figurant à l'article 18, paragraphe 1, du Règlement. Ainsi envisagé, il n'y a rien dans le contexte qui puisse validement restreindre la liberté normalement associée à la notion d'élection au scrutin secret pour

[1] En ce qui concerne la théorie générale qui sous-tend les dispositions relatives aux élections au scrutin secret, voir *Maple Valley Case* (1926) 1 D.L.R. 808, p. 814-815; 29 *Corpus Juris Secundum*, par. 201 (1), p. 557-558; et *Withers* v. *Board of Commissioners of Harnett County* (1929) 146 S.E. 225, p. 226.

sive" or not. On the contrary, everything in the context prohibits the introduction of any such influence into the process. With that prohibition, fixed as it is by the very nature of the Court as established by the Charter and the Statute, it is vain to seek to interfere by an exercise of the subordinate and limited rule-making power of the Court. The regular judges of the Court, it must be remembered, are elected by the General Assembly and the Security Council, the possible involvement of the Court in that process being merely contingent under Article 12, paragraph 3, of the Statute.

Article 2 of the Statute requires judges of the Court to be "independent". The importance of that quality for the Court as a whole has been rightly stressed in the literature (see *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 95, *per* Judge Zoričić; and *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, I.C.J. Reports 1956*, p. 104, *per* Judge Winiarski). It is not easy to think of any concept of judicial independence which is consonant with particular judges being named to sit in a particular case practically at the behest of the parties. Referring to the term "court" in Article 5, paragraph 4, of the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights observed that

> "[t]his term implies only that the authority called upon to decide ... must possess a judicial character, that is to say be independent both of the executive *and of the parties to the case*" (see European Court of Human Rights, the *Neumeister* case, judgment of 27 June 1968, Series A, p. 44, para. 24; emphasis added).

I cannot think of any reason excluding the substance of this view in the case of an international court.

Do the new arrangements place the independence of the Court at risk? To take one example, in selecting judges as members of a chamber it would, I think, be extraneous and legally impermissible for the Court itself (by which as a whole the selection is ultimately made when forming the chamber under Article 26, paragraph 2, of the Statute) to be guided by a criterion as to the extent to which its jurisdiction is accepted by countries from which particular judges come. No such test is visualized by the Statute, which does not regard a judge as representing his country or his nationality as relevant to his independence (see *Certain Norwegian Loans, I.C.J. Reports 1957*, p. 45, *per* Judge Lauterpacht, and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), I.C.J. Reports 1986*, pp. 158-160, *per* Judge Lachs, and p. 528, *per* Judge Jennings). Yet it would seem that the new system is structured in a way which enables litigating parties, if they wish, to exclude judges from an *ad hoc* chamber on the basis of precisely that criterion or criteria similar to it (see Judge Petrén, *loc. cit.*, pp. 61-62; and Mr. John R. Stevenson, in *American Society of International Law, Proceedings of the 80th Annual*

donner aux parties une influence — « décisive » ou non — sur le résultat. Au contraire, tout dans le contexte interdit d'introduire une telle influence dans le processus. A cette prohibition, dictée comme elle l'est par la nature même de la Cour telle qu'établie par la Charte et par le Statut, il est vain d'essayer d'échapper par le biais d'un exercice du pouvoir réglementaire subordonné et limité de la Cour. Il ne faut pas oublier que les juges titulaires de la Cour sont élus par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, la participation de la Cour à ce processus en vertu de l'article 12, paragraphe 3, du Statut étant seulement contingente.

L'article 2 du Statut exige des membres de la Cour qu'ils soient « indépendants ». L'importance de cette qualité pour la Cour dans son ensemble a été à juste titre soulignée dans les textes (voir *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte, C.I.J. Recueil 1947-1948*, opinion de M. Zoričić, p. 95, et *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, C.I.J. Recueil 1956*, opinion de M. Winiarski, p. 104). Il est difficile de concevoir l'indépendance judiciaire comme étant compatible avec la désignation de certains juges pour siéger dans une affaire déterminée pratiquement sur instructions des parties. Se référant au mot « cour » qui figure à l'article 5, paragraphe 4, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a fait observer que

> « ce terme implique seulement que l'autorité appelée à statuer doit avoir un caractère judiciaire, c'est-à-dire être indépendante du pouvoir exécutif *comme des parties en cause* » (voir Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Neumeister*, arrêt du 27 juin 1968, série A, p. 44, par. 24; les italiques sont de moi).

Je ne vois pas pourquoi il n'en irait pas, en substance, de même d'un tribunal international.

Le nouveau système met-il l'indépendance de la Cour en péril? Pour prendre un exemple, je pense qu'il serait malvenu et juridiquement impossible que la Cour elle-même (par l'ensemble de laquelle le choix est finalement fait lorsqu'elle constitue une chambre en vertu de l'article 26, paragraphe 2, du Statut), lorsqu'elle désigne des juges pour siéger à une chambre, se détermine en prenant pour critère la mesure dans laquelle sa juridiction a été acceptée par les pays dont certains juges sont originaires. Le Statut n'envisage pas l'application d'un tel critère, car il ne considère pas qu'un juge représente son pays ou sa nationalité au sens où cela touche à son indépendance (voir *Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957*, opinion de sir Hersch Lauterpacht, p. 45, et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1986*, opinion de M. Lachs, p. 158-160, et opinion de sir Robert Jennings, p. 528). Il semble pourtant que le nouveau système soit structuré d'une manière qui permette aux parties à l'instance, si elles le souhaitent, d'empêcher que certains juges soient nommés à une chambre *ad hoc* précisément en fonction de ce critère ou de

Meeting, 1986, p. 202). If, as I think, the Court itself cannot take such considerations into account when electing judges to be members of an *ad hoc* chamber, can it, by Rules, authorize a procedure which enables such considerations to be indirectly taken by it into account through reception of the views of the parties? That the Court may not in fact be aware of the motivation of the parties does not diminish the risk: on the contrary, it makes the risk even more palpable.

Similar observations apply in relation to Mr. Edvard Hambro's arresting observation to the effect that the new consultation procedure

> "means also in fact although not in law that the rules concerning imcompatibilities of judges have been changed since it may safely be assumed that the parties will scrutinize the background of the judges very carefully and exclude any person who may be considered as 'unfriendly' on account of previous dealings with the same or similar problems, even though such dealings would not be considered by himself, the President or the Court to be of such a character that he would be excluded from sitting in the case" (Edvard Hambro, *loc. cit.*, p. 368).

The grounds of incompatibility are prescribed by Articles 16 and 17 of the Statute itself. Can an amendment to the Rules of Court effectively empower the parties to add to those grounds in the exercise of a practically unreviewable discretion? I cannot think so. And yet that, indeed, is what the new Rules would enable the parties to do.

Arguments in favour of the new system place some reliance on the inapplicability to chambers of Article 9 of the Statute — a provision which relates to the globally representative composition of the Court, in the sense that it was visualized that in the Court "as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured". Under Articles 26 and 27 of the 1920 Statute, judges of the labour chamber and of the transit and communications chamber were to be "selected so far as possible with due regard to the provisions of Article 9". The fact that those chambers consisted of five members each, whereas the Chamber of Summary Procedure consisted of only three members until this was increased to five in 1936, probably accounts, at least in part (accessibility to The Hague might have been another factor), for the origins of the omission of a reference to Article 9 in Article 29 of the 1920 Statute relating to the Chamber of Summary Procedure, it being obvious that a three-member chamber could not possibly hope to achieve anything reasonably approximating to global representativeness. Possibly it was an extension of this reasoning which ultimately led in 1945 to the complete omission from the chambers provisions of the

critères similaires (voir B. A. S. Petrén, *loc. cit.*, p. 61-62; et M. John R. Stevenson, dans *American Society of International Law, Proceedings of the 80th Annual Meeting*, 1986, p. 202). Si, comme je le pense, la Cour elle-même ne peut tenir compte de telles considérations lorsqu'elle élit certains de ses membres pour siéger à une chambre *ad hoc*, peut-elle, par le biais de son Règlement, autoriser une procédure lui permettant d'en tenir compte indirectement en recueillant les vues des parties? Que la Cour ne puisse pas en fait connaître les motivations des parties ne réduit pas le risque: au contraire, cela ne fait que l'accroître.

On peut faire des observations similaires en ce qui concerne l'étonnante remarque de M. Edvard Hambro selon laquelle la nouvelle procédure de consultation

> «signifie aussi, en fait sinon en droit, que les règles relatives aux incompatibilités des juges ont été modifiées puisqu'on peut supposer que les parties examineront soigneusement les antécédents des juges pour exclure toute personne pouvant être considérée comme «inamicale» compte tenu des positions qu'elle aura prises antérieurement face aux mêmes problèmes ou à des problèmes similaires, même si ces prises de position ne seraient pas considérées par le juge en question, le Président ou la Cour comme justifiant que l'intéressé soit empêché de siéger dans l'affaire» (Edvard Hambro, *loc. cit.*, p. 368).

Les incompatibilités sont définies aux articles 16 et 17 du Statut lui-même. Un amendement au Règlement de la Cour peut-il effectivement autoriser les parties à ajouter à ces incompatibilités par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pratiquement sans appel? Je ne peux le penser. Et pourtant, c'est bien ce que les nouvelles dispositions du Réglement permettraient aux parties de faire.

En faveur du nouveau système, on tend aussi à invoquer l'inapplicabilité aux chambres de l'article 9 du Statut — relatif à la représentation géographique au sein de la Cour — au sens où on envisageait que les membres de la Cour assureraient «dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde». Aux termes des articles 26 et 27 du Statut de 1920, les juges de la chambre pour litiges de travail et de la chambre pour litiges de communications et de transit devaient être «désignés en tenant compte autant que possible des prescriptions de l'article 9». Le fait que ces chambres comprenaient chacune cinq membres, alors que la chambre de procédure sommaire n'en comprenait que trois (jusqu'en 1936, année où ce nombre a été porté à cinq), explique probablement, au moins en partie (un autre facteur a peut-être été l'accessibilité de La Haye), pourquoi l'article 9 n'est pas mentionné à l'article 29, relatif à la chambre de procédure sommaire, du Statut de 1920, car il est évident qu'une chambre composée de trois membres ne pouvait raisonnablement prétendre à une représentativité mondiale. Peut-être est-ce en poussant plus loin le raisonnement qu'on en est finalement arrivé, en 1945, à omettre toute référence à l'article 9 dans les dispo-

right on the parties to have their views taken into account in the selection of serving judges to be members of an *ad hoc* chamber. Nor was any such power granted by the Statute impliedly: however generous may be the principle regulating the ascertainment of the extent of the Court's implied powers, such powers encounter an ultimate limit when they collide with the intrinsic nature of the Court itself. For the reasons given, the selection, whenever necessary, of serving judges to sit in any particular case is an integral part of the inalienable judicial power confided to the Court by the world community. The Court cannot, directly or indirectly, convey away that power in whole or in part, or share it with others, without destroying its essential character as a court of justice. A Rule of Court which purports to do so is contrary to the Statute. In the words of Judge Fitzmaurice, dissenting:

> "The Court has no power to make Rules that conflict with its Statute: hence any rule that did so conflict would be *pro tanto* invalid, and the Statute would prevail." (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971*, p. 310.)

Judge Mbaye spoke to similar effect in the case concerning the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application for Permission to Intervene* (*I.C.J. Reports 1984*, p. 44). And a Rule of Court which is *ultra vires* the Statute is also *ultra vires* the Charter, first, because Article 92 of the Charter expressly declares that the Statute "forms an integral part of the present Charter", and, second, because the same Article of the Charter expressly requires the Court to "function in accordance with the annexed Statute". In the result, as Judge Lauterpacht said in his dissenting opinion in the *Interhandel* case:

> "the Court, as shown by its practice and as indicated by compelling legal principle, cannot act otherwise than in accordance with its Statute, of which it is the guardian" (*I.C.J. Reports 1959*, p. 104. See, also by him, in *Certain Norwegian Loans, I.C.J. Reports 1957*, p. 45.)

The foregoing considerations suggest that the requirement in Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court 1978 for the President to ascertain the views of the parties regarding the "composition" of an *ad hoc* chamber should be construed harmoniously with the Statute, and that, when so construed, it is restricted to ascertainment of the views of the parties as to the "number" of members of the chamber. Failing that construction — a construction which does not correspond either with the general understanding of the provision or with the actual practice under it — it would seem that Article 17, paragraph 2, of the Rules is *pro tanto ultra vires* the Statute. For, as was observed by Judge Hackworth in his dissenting opin-

Cour le pouvoir de conférer aux parties, par le biais de dispositions réglementaires, un droit à ce qu'il soit tenu compte de leurs vues dans le choix des juges devant siéger à une chambre *ad hoc*. Un tel pouvoir n'a pas non plus été donné à la Cour implicitement : aussi souple le critère utilisé pour déterminer l'étendue des pouvoirs présumés de la Cour soit-il, lesdits pouvoirs trouvent leur limite lorsqu'ils se heurtent à la nature intrinsèque de la Cour elle-même. Pour les raisons exposées ci-dessus, le pouvoir de désigner des juges titulaires pour siéger dans une affaire déterminée est partie intégrante du pouvoir judiciaire inaliénable confié à la Cour par la communauté internationale. La Cour ne peut, directement ou indirectement, céder tout ou partie de ce pouvoir ou le partager avec d'autres sans détruire son caractère essentiel de cour de justice. Une disposition réglementaire à cet effet est contraire au Statut. Pour reprendre les termes utilisés par M. Fitzmaurice dans une opinion dissidente :

> « La Cour ne pouvant adopter un Règlement incompatible avec son Statut, toute règle de procédure contraire au Statut serait, par le fait même, dépourvue de validité et le Statut prévaudrait. » (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, p. 310.)

M. Mbaye s'est exprimé dans le même sens dans l'affaire relative au *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention* (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 44). Et une disposition du Règlement de la Cour qui est *ultra vires* au regard du Statut est aussi *ultra vires* au regard de la Charte, premièrement parce que l'article 92 de la Charte dispose expressément que le Statut « fait partie intégrante » de la Charte et, deuxièmement, parce que le même article de la Charte dispose que la Cour « fonctionne conformément ... [au] Statut ... annexé à la présente Charte ». Il en résulte qu'ainsi que l'a déclaré sir Hersch Lauterpacht dans son opinion dissidente dans l'affaire de l'*Interhandel* :

> « la Cour, comme il ressort de sa pratique et comme l'indique un principe juridique impératif, ne peut agir autrement que conformément à son Statut, dont elle est la gardienne » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 104. Voir aussi son opinion dans l'affaire des *Emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957*, p. 45.)

Les considérations qui précèdent donnent à penser que la disposition de l'article 17, paragraphe 2, du Règlement de la Cour (version de 1978) prescrivant au Président de s'informer des vues des parties au sujet de la « composition » d'une chambre *ad hoc* doit être interprétée en harmonie avec le Statut, et qu'ainsi interprétée elle prescrit seulement au Président de s'informer des vues des parties quant au « nombre » des membres de la chambre. Si l'on ne retient pas cette interprétation — interprétation qui ne correspond ni à l'interprétation généralement donnée de cette disposition ni à la pratique à laquelle elle a effectivement donné lieu — il semble que l'article 17, paragraphe 2, du Règlement soit *pro tanto ultra vires* au regard

ion in the case of the *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*:

> "The duty of a court when faced with apparent incompatibility between a legislative enactment and the constitution (the Charter) is to try to reconcile the two. If this cannot be done the constitution must prevail." (*I.C.J. Reports 1954*, p. 83.)

PART IV. JUDICIAL TENURE

The far-reaching implications of the new system now bring me to the question of judicial tenure, a matter alluded to in the letter from the Agent for Nicaragua to the Registrar of 1 February 1990. The question concerns an associated amendment as a result of which Article 17, paragraph 4, of the Rules of Court reads:

> "Members of a Chamber formed under this Article who have been replaced, in accordance with Article 13 of the Statute following the expiration of their terms of office, shall continue to sit in all phases of the case, whatever the stage it has then reached."

This applies even though no pleadings have been filed; it is enough that a bare application originating the proceedings has been. *A fortiori*, it is not necessary that the oral proceedings or any collegiate study of the case should have commenced. So, as happened in the *Gulf of Maine* case (*I.C.J. Reports 1982*, p. 3), a judge may be elected to a chamber just weeks before he is due to be replaced, with the result that it is the timing of the election and not the state of work that really dictates the need for an extension. By contrast, Article 13, paragraph 3, of the Statute, referred to in that rule, itself provides that Members of the Court replaced at an election "shall finish any cases which they may have begun". Adverting to this, Article 33 of the Rules stipulates that, save as provided in Article 17 above, Members of the Court who have been replaced in accordance with Article 13, paragraph 3, of the Statute shall continue to sit "until the completion of any phase of a case in respect of which the Court convenes for the oral proceedings prior to the date of such replacement". Leaving aside arguments relating to the restrictive reference to "any phase", under this provision there can be no extension unless the oral proceedings had commenced before the normal date of retirement.

It is thus obvious that an outgoing judge elected as a member of an *ad hoc* chamber before the expiry of his normal term can continue to sit in circumstances in which an outgoing judge not so elected cannot. Can a Rule of Court competently create such a discrepancy?

du Statut. Car, comme l'a fait observer M. Hackworth dans l'opinion dissidente qu'il a émise dans l'affaire de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité* :

> « Le devoir d'un tribunal, lorsqu'il est en face d'une incompatibilité apparente entre une disposition législative et la constitution (la Charte), est d'essayer de les réconcilier. Si cela n'est pas possible, la constitution doit l'emporter. » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 83.)

QUATRIÈME PARTIE. DURÉE DU MANDAT DES JUGES TITULAIRES

La portée considérable du nouveau système m'amène à examiner la question de la durée du mandat des juges titulaires, question à laquelle l'agent du Nicaragua fait allusion dans sa lettre au Greffier du 1er février 1990. Cette question concerne une modification connexe d'où il résulte que l'article 17, paragraphe 4, du Règlement de la Cour est ainsi libellé :

> « Les membres d'une chambre constituée en application du présent article qui ont été remplacés conformément à l'article 13 du Statut à la suite de l'expiration de leur période de fonctions continuent à siéger dans toutes les phases de l'affaire, à quelque stade qu'elle en soit lors de ce remplacement. »

La règle s'applique alors même qu'aucune pièce de procédure n'aurait été déposée ; il suffit qu'une simple requête introductive d'instance l'ait été. A plus forte raison il n'est pas nécessaire que la procédure orale ou un examen collégial de l'affaire ait commencé. Ainsi, comme il est advenu dans l'affaire du *Golfe du Maine* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 3), un juge peut-il être élu membre d'une chambre quelques semaines seulement avant la date à laquelle il doit être remplacé, d'où il résulte que c'est le moment de l'élection et non l'état des travaux qui dicte en réalité la nécessité d'une extension. Par contre l'article 13, paragraphe 3, du Statut, qui est visé dans cette disposition, stipule quant à lui que les membres de la Cour qui ont été remplacés lors d'une élection « continuent de connaître des affaires dont ils sont déjà saisis ». A cet égard l'article 33 du Règlement dispose que, sous réserve des dispositions de l'article 17, les membres de la Cour qui ont été remplacés conformément à l'article 13, paragraphe 3, du Statut continuent à siéger « jusqu'à l'achèvement de toute phase d'une affaire en laquelle la Cour s'est réunie pour la procédure orale avant la date de ce remplacement ». Si on laisse de côté la discussion relative à la mention restrictive de « toute phase », aux termes de cette disposition l'extension n'est possible que si la procédure orale a commencé avant la date normale de la cessation des fonctions.

Il est donc évident qu'un juge sortant élu membre d'une chambre *ad hoc* avant l'expiration de la durée normale de son mandat peut continuer à siéger, alors que dans les mêmes circonstances un juge sortant qui n'a pas été ainsi élu ne le peut pas. Une dispositions du Règlement peut-elle à bon droit instaurer une telle discordance ?

42

It seems elementary that the right to continue to sit notwithstanding replacement is a substantive matter concerning the constitution of the Court and is accordingly controlled by the Statute itself. The Statute visualized only one case of extension and that was where, as provided in Article 13, paragraph 3, the judge had "begun" a case. A judge is not normally regarded as having "begun" a case until he has commenced the oral proceedings[1]. In the case of the International Court of Justice, a possibly wider formula has been given by Rosenne, as follows:

> "the point of time to which the verb 'begin' or its derivatives refers in provisions such as Article 13, paragraph 3, of the Statute and Articles 13, paragraph 2, and 27, paragraph 5, of the [1972] Rules of Court is the moment when the Court commences its collective deliberations, technically called the 'hearing'. Even when grammatically the verb describes action by an individual judge, juridically its implication is a general and collective study of the case by the judges together in person, and not the personal study of the file by a judge individually, to all of whom, of course, the *dossier* is formally transmitted by the Registrar under Article 48 of the Rules." (S. Rosenne, "The Composition of the Court", in Leo Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, 1976, Vol. 1, pp. 397-398.)

Different judges do, of course, begin to study a case file at different times. Hence, as Rosenne explains, even the wider view proposed by him would be restricted to a collegiate exercise. By contrast, Article 17, paragraph 4, of the existing Rules extends the right to sit whether or not any collegiate exercise has commenced.

The attempt made to vary the position as laid down by the Statute was not surprisingly based on the parallel attempt made to grant to the parties practical control over the selection of Members of the Court to be members of an *ad hoc* chamber. Judge Jiménez de Aréchaga put it this way:

> "The consideration that dictated a different solution for *ad hoc* Chambers is that in this type of Chamber continued participation in the case should not depend on remaining a Member of the Court itself. Otherwise, a Chamber set up at the request of, and taking into account the wishes of the parties might lose some of its members

[1] Consider, for example, the general understanding reflected in the statements made by M. Raested, in League of Nations, *Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, Minutes of the Session Held at Geneva, March 11th-19th, 1929*, p. 42. And see *R.* v. *Craske*, ex parte *Metropolitan Police Commissioner* [1957] 2 Q.B. 591, and *Sookoo* v. *Attorney General of Trinidad and Tobago* (1985) 33 W.I.R. 338, at p. 360 j, and, on appeal, [1986] 1 A.C. 63, P.C.

Il semble évident que le droit de continuer à siéger malgré le remplacement est une question de fond relevant de l'acte constitutif de la Cour, et qu'il est par conséquent régi par le Statut lui-même. Le Statut n'a envisagé qu'un seul cas de prorogation, à savoir lorsque, aux termes de l'article 13, paragraphe 3, le juge est « déjà saisi » d'une affaire. Normalement, un juge n'est pas considéré comme « déjà saisi » d'une affaire tant qu'il n'a pas commencé la procédure orale[1]. Dans le cas de la Cour internationale de Justice, une conception peut-être plus large a été donnée par Rosenne dans les termes suivants :

> « le moment auquel s'appliquent le verbe « être saisi » ou ses dérivés dans des dispositions telles que l'article 13, paragraphe 3, du Statut, ou les articles 13, paragraphe 2, et 27, paragraphe 5, du Règlement [texte de 1972] de la Cour est celui où la Cour entame ses délibérations collectives, officiellement qualifiées d'« audiences ». Même si grammaticalement, ce verbe désigne l'acte d'un juge à titre individuel, en droit il implique non un examen auquel un juge se livrerait individuellement et tout seul mais un examen général et collectif du dossier par les juges réunis, en personne, tous s'étant bien entendu vu transmettre officiellement le dossier par le Greffier en application de l'article 48 du Règlement. » (S. Rosenne, « The Composition of the Court », dans *The Future of the International Court of Justice*, sous la direction de Leo Gross, 1976, vol. 1, p. 397-398).

Certes tous les juges ne commencent pas à examiner le dossier d'une affaire au même moment. De ce fait, comme l'explique Rosenne, même la conception élargie qu'il propose se limiterait à une activité de caractère collégial. Au contraire, l'article 17, paragraphe 4, du Règlement actuel proroge le droit de siéger, qu'une activité de caractère collégial ait ou non commencé.

La tentative faite pour modifier la situation définie par le Statut s'est fondée, ce qui n'est pas surprenant, sur la tentative menée parallèlement pour attribuer aux parties un contrôle pratique sur la désignation de membres de la Cour comme membres d'une chambre *ad hoc*. M. Jiménez de Aréchaga présente la question en ces termes :

> « La considération qui a dicté une solution différente pour les chambres *ad hoc* est que dans une chambre de ce type la possibilité de continuer à participer à l'affaire ne doit pas dépendre du maintien de la qualité de membre de la Cour elle-même. Sinon, une chambre constituée à la requête des parties et compte tenu de leurs souhaits

[1] Que l'on se reporte par exemple à l'attitude générale qui se dégage des déclarations de M. Raested, dans Société des Nations, *Comité de juristes chargé de l'étude du statut de la Cour permanente de Justice internationale, procès-verbal de la session tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929*, p. 42. Voir aussi *R.* v. *Craske*, ex parte *Metropolitan Police Commissioner* [1957] 2 Q.B. 591, et *Sookoo* v. *Attorney General of Trinidad and Tobago* (1985) 33 W.I.R. 338, p. 360 j et, sur appel [1986] 1 A.C. 63, P.C.

merely by the passage of time." (Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 4.)

In effect, so the argument seemed to run, since a judge owed his membership of such a chamber to the wishes of the parties, those wishes ought not to be frustrated by the expiry of his regular term. With much respect, this does not seem to be a safe mode of proceeding. Even if there is room for argument as to what is meant by the reference to "cases which they may have begun" in the governing provisions of Article 13, paragraph 3, of the Statute, it is not admissible to assign to that phrase one meaning in relation to cases heard before the full Court and another in relation to cases heard before a chamber. The form assumed by the Court in hearing a case has nothing to do with the question whether a case has been "begun" by a judge or not. The Court being in legal theory the same whether sitting *en banc* or in chamber, the question whether a judge has "begun" a case must be answered in the same way regardless of whether it is being heard before the one or the other. Whatever may be the meaning of the word "begun" as it appears in the Court's constituent text, that meaning can only be one and singular in relation to all judges. Different meanings may be given to the same word appearing in different places of an instrument or indeed in different places in the same provision of an instrument, but hardly to one and the same word appearing in a particular place in a particular provision, and certainly not where the meanings would be contradictory, as in this case[1].

The resulting situation has an important bearing on the question whether an *ad hoc* chamber formed under the new arrangements may be regarded as a legitimate manifestation of the Court. The problem of what to do with judicial business remaining unfinished at a prescribed retirement date arises in many jurisdictions. There are several ways of dealing with it, other than to order a rehearing. As it has been aptly put in one jurisdiction where the question arose and had to be answered, two solutions are theoretically possible:

"One of these [is] to allow the termination to take effect and merely permit the holder of the office, now a former judge, to sit as a judge

[1] Cf. the interesting but doubtful cases of *Forth* v. *Chapman*, 1 P. Wms. 663, involving different interpretations of the same expression by different court systems, and *Bones* v. *Booth* (1778) 2 W. Bl. 1226, involving a difference between penal and non-penal application of a given expression. Both were mentioned in *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 6th ed., pp. 558-560, but have disappeared from more recent editions. The case of a single generic expression comprehending several species is of course a different one.

risquerait de perdre certains de ses membres simplement par l'effet du temps écoulé... » (Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 4.)

De fait, semblait indiquer l'argumentation suivie, puisqu'un juge doit sa qualité de membre d'une telle chambre aux souhaits des parties, leurs souhaits ne doivent pas être déçus à l'expiration du mandat régulier du juge. Qu'il soit permis de dire respectueusement que cette façon de procéder semble périlleuse. Même si l'on peut discuter du point de savoir ce que signifie l'expression d'« affaires dont ils sont déjà saisis » dans les dispositions applicables de l'article 13, paragraphe 3, du Statut, il est inacceptable que l'on donne à cette formule un certain sens s'agissant des affaires dont la Cour connaît en séance plénière et un sens différent s'agissant des affaires soumises à une chambre. La forme que prend la Cour pour connaître d'une affaire n'a rien à voir avec la question de savoir si un juge est ou non « déjà saisi » d'une affaire. Puisque du point de vue de la théorie du droit la Cour est la même qu'elle siège en formation plénière ou sous la forme d'une chambre, la question de savoir si un juge est « déjà saisi » d'une affaire doit recevoir la même réponse que ce soit l'une ou l'autre formation qui connaisse de cette affaire. Quelle que soit la signification des mots « déjà saisi », qui figurent dans l'acte constitutif de la Cour, ils ne peuvent avoir qu'une seule et unique signification pour tous les juges. On peut donner des sens différents à un même mot lorsqu'il figure dans différents endroits d'un instrument, voire en différents endroits d'une même disposition d'un instrument, mais il est difficile de le faire lorsqu'un seul et même mot figure en un endroit déterminé d'une disposition particulière, et jamais en tout cas lorsque de tels sens seraient contradictoires comme en l'espèce [1].

La situation qui en résulte a d'importantes conséquences s'agissant de savoir si une chambre *ad hoc* constituée en vertu du nouveau système peut-être considérée comme une manifestation légitime de la Cour. Le problème de l'attitude à adopter vis-à-vis des affaires judiciaires qui restent inachevées à la date à laquelle les fonctions de certains juges doivent prendre fin se pose devant de nombreuses juridictions. Il y a diverses autres manières de le résoudre que d'ordonner de nouveaux débats. Comme il a été dit à bon escient devant une juridiction qui était confrontée à cette question et devait y répondre, deux solutions sont possibles en théorie :

« L'une d'elle est de laisser la cessation de fonction prendre effet et de permettre simplement au titulaire de la charge, désormais un

[1] Voir les arrêts intéressants mais douteux *Forth* v. *Chapman*, 1 P.Wms. 663, lequel porte sur des interprétations différentes de la même expression par des systèmes juridictionnels différents, et *Bones* v. *Booth* (1778) 2 W.Bl. 1226, lequel concerne des différences entre l'application pénale et non pénale d'une expression donnée. Ces deux arrêts sont mentionnés dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 6e éd., p. 558-560, mais ils ont disparu dans les éditions plus récentes. Le cas d'une seule expression générique incluant une pluralité d'espèces est évidemment différent.

> for the purpose of completing the incomplete matters . . . The other [is] to postpone the vacating of the office of the judge for a period to be determined as necessary for the completion of the pending court matters and permit a judge to continue to hold his office with his powers undiminished." (*Sookoo* v. *Attorney General of Trinidad and Tobago* (1985) 33 W.I.R. 338, Trinidad and Tobago Court of Appeal, at p. 361, *per* Warner J.A., and, on appeal, [1986] 1 A.C. 63, P.C., at p. 71.)

It seems clear that it was the first of these two theoretical solutions which was employed in Article 13, paragraph 3, of the Statute, with the result that a judge who, "though replaced", is functioning by virtue of this provision, exercises the functions but does not hold the office of a judge. He cannot hold the office any longer because he has been "replaced" as one of the fifteen judges of the Court by another person who has been duly admitted to fill the same office. Now, if the Rules under consideration are valid, the entire oral proceedings of a case before an *ad hoc* chamber may take place before persons none of whom held the office of a Member of the Court at any time during that hearing. So, once again, is this the kind of chamber that the framers of the Statute had in mind when they accepted in Article 27 that a "judgment given by any of the chambers provided for in Articles 26 and 29 shall be considered as rendered by the Court"?

PART V. POWER OF COURT TO REVERSE ITS PREVIOUS DECISIONS

I come now to the question whether, if the foregoing is right, what, if anything, can be done to correct the position. In the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Constitution of Chamber*, the Order of Court recited that the parties had been duly consulted "as to the composition of the proposed Chamber of the Court in accordance with Article 26, paragraph 2, of the Statute and Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court" (*I.C.J. Reports 1982*, p. 4). With occasional variations, similar affirmations were later made in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Constitution of Chamber* (*I.C.J. Reports 1985*, p. 7); the case concerning *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Constitution of Chamber* (*I.C.J. Reports 1987*, p. 4); the case concerning *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Composition of Chamber* (*I.C.J. Reports 1988*, pp. 158-159); and the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)* (*I.C.J. Reports 1987*, p. 12). The Court has therefore taken a position, even though not reasoned, on the question whether the existing practice is in accordance with the Statute. But does this preclude the matter from being re-opened?

Before a practice is held to be inconsistent with a controlling provision of the Statute or of the Rules of Court, to which it must yield if in conflict,

ancien juge, de siéger en qualité de juge pour mener à bien les affaires inachevées... L'autre est de surseoir à la vacance du siège du juge pendant la période qu'on jugera nécessaire pour achever les instances pendantes et de permettre au juge de rester en fonction avec des pouvoirs intacts.» (*Sookoo* v. *Attorney General of Trinidad and Tobago*, 1985, 33 W.I.R. 338, cour d'appel de la Trinité-et-Tobago, p. 361, déclaration du juge Warner et, en appel, [1986] 1 A.C. 63, P.C., p. 71.)

Il semble clair que c'est la première de ces deux solutions théoriques qu'a retenue l'article 13, paragraphe 3, du Statut; il en résulte qu'un juge qui «après [son] remplacement» siège en vertu de cette disposition exerce les fonctions d'un juge titulaire mais n'a pas la qualité de juge titulaire. Il ne peut plus conserver cette qualité parce qu'il a été «remplacé» en tant qu'un des quinze juges de la Cour par une autre personne dûment admise à occuper la même fonction. Or, si les dispositions du Règlement à l'examen sont valides, la totalité de la procédure orale d'une affaire dont connaît une chambre *ad hoc* peut se dérouler devant des personnes dont aucune, à aucun moment des audiences, n'était membre titulaire de la Cour. Une fois encore, est-ce donc à des chambres de ce genre que pensaient les auteurs du Statut quand ils ont accepté que l'article 27 dispose que: «tout arrêt rendu par l'une des chambres prévues aux articles 26 et 29 sera considéré comme rendu par la Cour»?

CINQUIÈME PARTIE. POUVOIR DE LA COUR DE REVENIR SUR SES DÉCISIONS

J'aborde maintenant la question de savoir, pour autant que ce qui précède est exact, ce que l'on peut faire — et si l'on peut faire quelque chose — pour rectifier la situation. En l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, constitution de chambre*, la Cour a déclaré dans son ordonnance que les Parties avaient été dûment consultées «au sujet de la composition de la chambre envisagée dans les conditions prévues à l'article 26, paragraphe 2, du Statut et à l'article 17, paragraphe 2, du Règlement» (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 4). Avec des différences occasionnelles, des affirmations semblables ont été faites par la suite en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 7); en l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 4); en l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), composition de la chambre* (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 158-159); et en l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12). La Cour a donc pris une position, même si elle ne l'a pas motivée, sur la question de savoir si la pratique actuelle est conforme au Statut. Mais cela empêche-t-il de rouvrir la discussion?

Avant de juger qu'une pratique est incompatible avec une disposition déterminante du Statut ou du Règlement de la Cour devant laquelle elle

the meaning of the provision must first be established. What is evidenced by the cases referred to is not a simple accidentally developed practice, but a practice resting on decisions of the Court which manifest its interpretation of the applicable provisions of those instruments. To what extent would it be proper for the Court at this stage to reverse its previous decisions as to the meaning of those provisions? This seems to be the question here, as I believe it similarly was in the case concerning the *Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran* v. *United States of America) (I.C.J. Reports 1989*, p. 145). The answer may, I think, be derived from the position put forward by Sir Hersch Lauterpacht as follows:

> "Subject to the overriding principle of *res judicata*, the Court is free at any time to reconsider the substance of the law as embodied in a previous decision ... it will not do so lightly and without good reason. But it may do so, and it has done so." (Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 19. See also *ibid.*, p. 20.)

That the Court should not act lightly and without good reason suggests to my mind that the mere fact that the Court in a later case may be disposed to see the law differently from the way in which it saw it in an earlier case may not always suffice to warrant a reversal of its previous holding on the same point. But I do not think the Court will be acting lightly and without good reason if it were to reverse a previous decision on the law on the ground that it was clearly erroneous as well as productive of grave consequences for the judicial integrity of the Court of which the Court itself is the avowed guardian. In this case, expectations based on the continuance of the system sanctioned by the previous decisions of the Court cannot outweigh the gravity of the consequences of those decisions for the essential nature and structure of the Court. I believe that the applicable criteria are satisfied in this case to the point of unmistakably requiring the Court to reverse its previous decisions and to redirect the law along its proper course. Reasonable development of the law, even if sometimes bold, is natural and legitimate; mere expansiveness is another matter.

PART VI. CONCLUSION AS TO THE VALIDITY OF THE EXISTING ARRANGEMENTS RELATING TO *AD HOC* CHAMBERS

The issue, summarized, is this: The fundamental character of the Court remains what it was conceived to be by the founders of the Permanent Court. That character was deliberately judicial and was not materially altered by the introduction in 1945 of the institution of the *ad hoc* chamber. Up to 1972, the determination of which particular Members of the Court should sit on a chamber was exclusively a matter for the Court itself. Was it legally competent for the Court, by an exercise of its subordinate and

doit céder en cas de conflit, il faut d'abord établir le sens de la disposition. Ce qu'attestent les affaires mentionnées ci-dessus n'est pas seulement une pratique qui s'est développée accidentellement, mais une pratique fondée sur des décisions dans lesquelles la Cour expose son interprétation des dispositions applicables des textes dont il s'agit. Dans quelle mesure la Cour pourrait-elle à ce stade renverser sa jurisprudence relative à la signification de ces dispositions? Telle semble être la question qui se pose ici, comme je crois qu'elle se posait aussi en l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (*C.I.J. Recueil 1989*, p. 145). La réponse, me semble-t-il, peut-être inférée de la position exprimée par sir Hersch Lauterpacht en ces termes:

> « Sous réserve du principe suprême de la chose jugée, la Cour possède à tout moment la faculté de réexaminer le fond du droit tel que le consacre une décision antérieure ... elle ne le fera pas à la légère ni sans raison valable. Elle peut cependant le faire et elle l'a déjà fait. » (Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 19. Voir aussi *ibid.*, p. 20.)

Dire que la Cour ne doit pas agir à la légère ni sans raison valable, cela suggère à mon avis que le simple fait que la Cour, dans une affaire ultérieure, puisse être disposée à avoir du droit applicable une vision différente de celle qu'elle avait dans une affaire antérieure ne suffit peut-être pas toujours à justifier un renversement de sa jurisprudence sur le même point. Mais je ne crois pas que la Cour agirait à la légère ou sans raison valable si elle renversait une décision sur un point de droit au motif que celle-ci était manifestement erronée et entraînait des conséquences graves pour son intégrité judiciaire, dont elle-même s'est reconnue la gardienne. En l'espèce, l'attente fondée sur le maintien du système sanctionné par la jurisprudence de la Cour ne saurait peser plus lourd que les graves conséquences de cette jurisprence du point de vue de la nature essentielle et de la structure de la Cour. Je pense que les critères applicables sont en l'espèce satisfaits au point d'obliger sans conteste la Cour à renverser sa jurisprudence et à réorienter le droit dans la bonne direction. Le développement raisonnable du droit, même s'il se montre parfois hardi, est naturel et légitime; la simple tendance à amplifier est une autre affaire.

SIXIÈME PARTIE. CONCLUSION QUANT À LA VALIDITÉ DU SYSTÈME ACTUEL DES CHAMBRES *AD HOC*

En résumé, la question est la suivante: le caractère fondamental de la Cour reste celui qu'avaient conçu les fondateurs de la Cour permanente. Ce caractère était délibérément judiciaire et l'introduction des chambres *ad hoc* en 1945 ne l'a pas sensiblement modifié. Jusqu'en 1972 le choix de ceux des membres de la Cour qui devaient siéger dans une chambre relevait exclusivement de la Cour elle-même. La Cour pouvait-elle en droit, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire subordonné et limité, céder

limited rule-making power, to bargain away a substantial, if not decisive, part of this faculty of choice to potential litigants in exchange for the prospect of greater use of *ad hoc* chambers? Was the fundamental judicial character of the Court consistent with giving the parties a share in the exercise of its power to select its regular personnel to sit in a particular case? Even in cases of negative selection by exclusion for cause, though something in the nature of a right of recusation in fact exists, the Statute cautiously refrained from explicitly conferring such a right on the parties (see *Procès-Verbaux*, 1920, *op. cit.*, p. 472, *per* Lord Phillimore; *P.C.I.J., Series D, No. 2*, p. 72, *per* Lord Finlay; Stauffenberg, *op. cit.*, p. 76; Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, pp. 173 and 370; Louis Favoreu, "Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice", *Annuaire français de droit international*, 1965, Vol. XI, pp. 236 ff.; and Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice: Interprétation et pratique*, Paris, 1983, pp. 195-197). Did it authorize the Court by Rules of Court to give them a right of positive selection? I do not think so.

The question then is which shall prevail — the practical utility of a privately selected chamber claiming to be a legitimate manifestation of the Court, or the grand original design of the Court as a court of justice serving an integrated world and seen by that world to be serving it as such a court? While it cannot be inadmissible today to recall the great vision which animated yesterday's creators of a judicial edifice of whose integrity the Court is the proud guardian, defenders of the new system may well call in aid Judge Lauterpacht's statement reading:

> "A proper interpretation of a constitutional instrument must take into account not only the formal letter of the original instrument, but also its operation in actual practice and in the light of the revealed tendencies in the life of the Organization." (*Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa, I.C.J. Reports 1955*, p. 106.)

Even so attractively designed an invitation to constitutional creativity may not however settle doubts as to whether the law-making powers of the Court can ever properly extend to enable it by an act of levitation to shift the ground on which it has been standing. It was Judge Lauterpacht himself who noted "the principle that an organ cannot act except in accordance with its constituent instrument" (*Certain Norwegian Loans, I.C.J. Reports 1957*, p. 45). If this principle has indeed been breached in this case, to sustain the new arrangements relating to *ad hoc* chambers would not only violate the Court's own declaration that its duty is "to interpret . . ., not to revise" (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, I.C.J. Reports 1950*, p. 229); it would go beyond that to bring into play the more ominous words used by the Permanent

une partie importante sinon décisive de cette faculté de choix à des plaideurs potentiels contre la perspective d'un recours accru aux chambres *ad hoc*? Le caractère judiciaire fondamental de la Cour s'accordait-il avec l'attribution aux parties d'une fraction de l'exercice du pouvoir qui lui appartient de choisir ceux de ses membres titulaires qui siégeront dans une affaire déterminée? Même en cas de sélection négative par voie d'exclusion motivée, et bien qu'il existe en fait une espèce de droit de récusation, le Statut s'est prudemment abstenu de conférer expressément un tel droit aux parties (voir *Procès-verbaux*, 1920, *op. cit.*, déclaration de lord Phillimore, p. 472; *C.P.J.I. série D n° 2*, déclaration de lord Finlay, p. 72; Stauffenberg, *op. cit.*, p. 76; Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 173 et 370; Louis Favoreu, « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice », *Annuaire français de droit international*, 1965, vol. XI, p. 236 et suiv.; et Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice: Interprétation et pratique*, Paris, 1983, p. 195-197). Le Statut autorisait-il la Cour à conférer aux parties par le biais du Règlement un droit de sélection positive? Je ne le pense pas.

Alors la question consiste à savoir ce qui l'emportera, de l'utilité pratique d'une chambre sélectionnée à titre privé qui se prétend une manifestation légitime de la Cour, ou du grand projet initial de la Cour, envisagée comme une cour de justice au service d'un monde intégré et perçue par ce monde comme étant à son service en cette qualité? On peut certes, à notre époque, rappeler la grande vision qui inspirait hier les créateurs d'un édifice judiciaire de l'intégrité duquel la Cour s'enorgueillit d'être la gardienne, mais les défenseurs du nouveau système peuvent avoir de bonnes raisons d'invoquer la déclaration suivante de sir Hersch Lauterpacht:

> « Une interprétation correcte d'un instrument constitutionnel doit tenir compte non seulement de la lettre formelle de l'instrument original, mais encore de son fonctionnement dans la pratique effective et à la lumière des tendances qui se sont révélées dans la vie de l'Organisation. » (*Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1955*, p. 106.)

Cependant, même une aussi attrayante invitation à la créativité constitutionnelle ne saurait mettre fin à l'incertitude sur le point de savoir si les pouvoirs législatifs de la Cour peuvent jamais dûment s'étendre assez loin pour lui permettre de déplacer, par un acte de lévitation, le terrain qui forme son support. C'est sir Hersch Lauterpacht lui-même qui a relevé « le principe qu'un organisme ne saurait fonctionner que conformément à son acte constitutif » (*Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957*, p. 45). S'il est vrai que ce principe a été enfreint en l'espèce, le maintien des nouveaux arrangements relatifs aux chambres *ad hoc* non seulement irait à l'encontre de la déclaration de la Cour elle-même selon laquelle elle est appelée « à interpréter..., non à ... reviser » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase,*

Court of International Justice when it took the position that to uphold a certain interpretation "would be, not to construe but to destroy . . ." (*Serbian Loans, P.C.I.J., Series A, No. 20/21*, p. 32). It seems to me that what would be destroyed here would be a concept of fundamental importance to the institutional integrity of the Court as it was conceived to be. This is the problem lying at the root of this whole case, as brought to a head by the present procedural difficulties.

In sum then, I agree with Nicaragua that to

> "consider that a challenge to the formation of the Chamber . . . should be aired before the same Chamber would certainly be a complete surrender of the sovereign will of the intervening party to the will of the original parties as reflected in the formation of the Chamber" (letter to the Registrar from the Agent for Nicaragua of 1 February 1990).

But what are the true implications of the extent to which "the will of the original parties [is] reflected in the formation of the Chamber"? In my opinion, reached with reluctance but with conviction, the methods by which the members of the Chamber have been selected do not satisfy the criteria required to enable it to discharge the judicial mission of the International Court of Justice, considered as a court of justice, in relation to the Applicant; and the fundamental reason for this is that the Chamber has been constituted not in accordance with the Statute, but in accordance with an unauthorized arrangement under which the Court has been essaying to transform itself into the Permanent Court of Arbitration, or something akin to it. This represents a major flaw which the Court, as the avowed guardian of its own judicial integrity, cannot correctly overlook. The existing practice may well continue unabated. My views may make no difference. It was nevertheless my duty to state them.

PART VII. THE NICARAGUAN APPLICATION CONSIDERED ON THE ASSUMPTION OF THE LEGALITY OF THE EXISTING ARRANGEMENTS

Assuming that I am wrong in the foregoing, how should the Nicaraguan Application be determined? It seems to me that, even if the original constitution of the Chamber was valid in relation to the existing Parties, the capacity of the Chamber to act judicially, as it stands, in relation to Nicaragua would still be seriously in issue.

In its Application, as pointed out in the Order made by the Court, Nicaragua emphasized that its "request for permission to intervene . . . is a matter exclusively within the procedural mandate of the full Court". The word "exclusively" seems reasonably to convey that Nicaragua does *not*

C.I.J. Recueil 1950, p. 229), mais encore irait au-delà et rendrait applicables les termes — qui rendent un son plus inquiétant — dont s'est servie la Cour permanente de Justice internationale quand elle a déclaré que confirmer une certaine interprétation « serait, non pas ... interpréter, mais ... détruire » (affaire des *Emprunts serbes, C.P.J.I. série A nº 20/21*, p. 32). Ce que l'on détruirait ici, me semble-t-il, serait une notion d'une importance fondamentale pour l'intégrité institutionnelle de la Cour telle qu'elle avait été conçue. C'est le problème qui est au cœur de toute l'affaire et auquel les présentes difficultés de procédure donnent une actualité nouvelle.

En somme donc, comme le Nicaragua, j'estime que

> « considérer que c'est la chambre elle-même qui doit connaître d'une contestation de sa constitution ... reviendrait à assujettir totalement la volonté souveraine de la partie intervenante à celle des parties initiales telle que celle-ci est reflétée dans la composition de la Chambre » (lettre de l'agent du Nicaragua adressée au Greffier le 1er février 1990).

Or qu'entraîne, en réalité, la mesure dans laquelle « la volonté des parties initiales est reflétée dans la composition de la Chambre » ? Je suis arrivé, à mon corps défendant, à la conviction que les méthodes utilisées pour choisir les membres de la Chambre ne satisfont pas aux critères requis pour lui permettre de s'acquitter de la mission judiciaire de la Cour internationale de Justice, considérée comme une cour de justice, vis-à-vis du requérant; et la raison fondamentale en est que la Chambre n'a pas été constituée conformément au Statut, mais dans le cadre d'un arrangement non autorisé par lequel la Cour s'est essayée à se transformer en quelque chose comme la Cour permanente d'arbitrage. Il y a là un vice majeur dont la Cour, en tant que gardienne déclarée de sa propre intégrité judiciaire, ne saurait validement méconnaître l'existence. La pratique actuelle peut très bien continuer de plus belle. Mon opinion peut ne faire aucune différence. Mais il était de mon devoir de l'exprimer.

SEPTIÈME PARTIE. LA REQUÊTE DU NICARAGUA ENVISAGÉE DANS L'HYPOTHÈSE DE LA LÉGALITÉ DU SYSTÈME ACTUEL

A supposer que je me trompe dans ce qui précède, comment faudrait-il statuer sur la requête du Nicaragua ? Il me semble que même si la constitution initiale de la Chambre a été régulière vis-à-vis des Parties existantes, la capacité de la Chambre, dans sa composition actuelle, de s'acquitter d'une fonction judiciaire vis-à-vis du Nicaragua me semble extrêmement sujette à caution.

Comme la Cour l'a souligné dans son ordonnance, le Nicaragua affirme dans sa requête que ladite « requête à fin d'intervention relève exclusivement de la compétence de la Cour plénière en matière de procédure ». Il est raisonnable de penser que le mot « exclusivement » signifie

wish its Application to be considered by the Chamber. Developing this, in his letter to the Registrar of 1 February 1990, the Agent for Nicaragua stated the following:

> "One of the main changes introduced in the 1972 Rules of Court was in relation to the composition of *ad hoc* Chambers. As former Registrar Hambro said, the changes in the Rules
>
> 'means that the parties are free to make known exactly which individual judges they desire on the Bench for that case'[1].
>
> In effect, Article 26, paragraph 1, of these Rules indicates that the President of the Court 'shall consult the agents of the parties regarding the composition of the Chamber'.
>
> The role of the parties in organizing the *ad hoc* Chamber is further emphasized by the fact of the continuation of a member of an *ad hoc* Chamber beyond his term of office.
>
> To consider that a challenge to the formation of the Chamber, made because of the extent of the competence *ratione materiae* with which it was anointed, should be aired before the same Chamber, would certainly be a complete surrender of the sovereign will of the intervening party, to the will of the original parties as reflected in the formation of the Chamber.
>
> . . . . . .
>
> This principle [of the equality of States] which demands respect of the sovereign equality of Nicaragua would be inevitably affected if it were decided that the only intervention possible was before the *ad hoc* Chamber. Hence, Nicaragua can only appear before the full Court if this principle is to be respected.
>
> [1] Edvard Hambro, 'Will the Revised Rules of Court Lead to Greater Willingness on the Part of Prospective Clients?', in Leo Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, 1976, p. 368."

Clearly, Nicaragua's primary concern is with the extent to which the formation of the Chamber reflected the will of the existing Parties. It does not wish to go to the Chamber as it stands, whether for the purpose of seeking permission to intervene or for the purpose of seeking a reformation of the Chamber. The situation so presented may be considered, first, at the level of general principles, and then at the level of particular procedural rules.

Viewing the matter at the level of general principles, I think it is first necessary to consider the relationship between the full Court and a chamber of any kind. No doubt, unless a chamber is indicated by the context, a reference in the Statute to the "Court" is a reference to the full Court, and evidently there are differences between these two bodies, but these differ-

que le Nicaragua *ne* souhaite *pas* que sa requête soit examinée par la Chambre. Développant ce point dans la lettre qu'il a adressée au Greffier le 1er février 1990, l'agent du Nicaragua déclarait ceci :

> « L'une des principales modifications apportées au Règlement de la Cour en 1972 concernait la composition des chambres *ad hoc*. Comme l'a déclaré un précédent Greffier, M. Hambro, la modification du Règlement
>
> « signifie que les parties sont libres d'indiquer précisément quels juges particuliers elles souhaitent voir siéger dans cette affaire »[1].
>
> En fait, l'article 26, paragraphe 1, du texte de 1972 de ce Règlement disposait que le Président de la Cour « consulte les agents des parties sur la composition de la chambre ».
>
> Le rôle des parties dans la mise en place d'une chambre *ad hoc* est encore accentué par le fait qu'un membre d'une chambre dont la période de fonctions est venue à expiration continue de siéger.
>
> Considérer que c'est la Chambre elle-même qui doit connaître d'une contestation de sa constitution motivée par l'étendue de la compétence *ratione materiae* qui lui a été conférée reviendrait à assujettir totalement la volonté souveraine de la partie intervenante à celle des parties initiales telle que celle-ci est reflétée dans la composition de la Chambre.
>
> . . . . . .
>
> On porterait nécessairement atteinte à ce principe [de l'égalité des Etats], qui exige le respect de l'égalité souveraine du Nicaragua, en décidant que l'intervention n'est possible que devant la Chambre. Donc, pour que ce principe soit respecté, le Nicaragua ne peut comparaître que devant la Cour plénière.

[1] Edvard Hambro, « Will the Revised Rules of Court Lead to Greater Willingness on the Part of Prospective Clients ? », dans *The Future of the International Court of Justice*, sous la direction de Leo Gross, 1976, p. 368. »

Il est clair que la préoccupation majeure du Nicaragua concerne la mesure dans laquelle la composition de la Chambre est le reflet de la volonté des Parties initiales. Le Nicaragua ne souhaite pas aller devant la Chambre telle qu'elle est composée, que ce soit pour demander l'autorisation d'intervenir ou pour demander une reconstitution de la Chambre. La situation qui se présente ainsi peut être envisagée, d'abord, sur le plan des principes généraux, ensuite, sur celui des règles de procédure particulières.

Si on envisage la question sur le plan des principes généraux, je pense qu'il faut d'abord examiner les relations entre la Cour en séance plénière et une chambre quelconque. Sans aucun doute, sauf quand le contexte indique qu'il s'agit d'une chambre, toute mention de la « Cour » dans le Statut se réfère à la Cour plénière ; il y a évidemment des différences entre

ences are those between related and not mutually alien entities. In principle, the same Court is acting whether it acts through the full Court or through a duly established chamber. The first chamber judgment, given in 1924, began with the carefully chosen words, "The Court, sitting as a Chamber of Summary Procedure . . .", and ended with a dispositif beginning significantly with the words, "For these reasons the Court decides . . ." (*Treaty of Neuilly, P.C.I.J., Series A, No. 3*, pp. 4 and 9 respectively). By Article 1 of the relevant Special Agreement, the case had been correspondingly submitted by the parties "to the Permanent Court of International Justice, in its Chamber for summary procedure . . ." (*P.C.I.J., Series C, No. 6*, p. 9). In effect, the functions of a chamber are as much the functions of the "Court" as are those of the full body. Thus, however desirable it may be for a chamber to be left to discharge its actual functions as autonomously as possible, the relationship between it and the full Court is not one between strangers. Nicaragua has drawn attention to significant instances of action taken by the full Court in relation to a chamber even after the latter has been established. The full Court, having set up a chamber, cannot interfere in its actual work; but I think it retains a continuing responsibility to ensure that the composition of the chamber is such as to enable it to function with a sufficient degree of procedural rectitude in order to qualify it as a convincing manifestation of the Court as a court of justice. If I mistake not, something of this view is implicit in the reference in the Court's Order to its "power to form a chamber to deal with a particular case, and consequently to regulate matters concerning its composition".

Under the system as it has so far worked, an *ad hoc* chamber, being composed of judges whose selection has been substantially influenced, if not determined, by the original parties (a proposition which cannot credibly be controverted), cannot function as a normal court of justice either in relation to an application for permission to intervene or, if the application is granted, in relation to the applicant as an intervening party to the case on the merits. A request for permission to intervene cannot but be coupled, as in this case, with a request for an appropriate reformation of the chamber. *Ex hypothesi*, the latter is beyond the competence of the chamber, which is thus incapable of dealing with either branch of the application.

It may well be that the original parties and the applicant (if successful) may never agree on matters essential to the reformation of the chamber, such as the number of members. In that event, the proceedings are halted; but, unfortunate as this may be, it is, in my opinion, a lesser thing than that the proceedings should be conducted at variance with fundamental norms applicable to a court of justice, as distinguished from an arbitral tribunal.

I accept as elementary that in principle it is the tribunal with compe-

les deux instances, mais il s'agit de différences entre des entités apparentées, et non pas étrangères l'une à l'autre. En principe c'est la même Cour qui agit, qu'elle le fasse en formation plénière ou sous la forme d'une chambre dûment constituée. Le premier arrêt rendu par une chambre — qui date de 1924 — commençait par ces mots choisis avec soin: « La Cour, statuant en chambre de procédure sommaire... »; et il s'achevait sur un dispositif introduit par les termes significatifs que voici: « Par ces motifs la Cour décide... » (*Traité de Neuilly, C.P.J.I. série A n° 3*, p. 4 et 9 respectivement). Aux termes de l'article premier du compromis applicable, les parties avaient quant à elles soumis l'affaire « à la Cour permanente de Justice internationale, statuant ... en procédure sommaire... » (*C.P.J.I. série C n° 6*, p. 9). En effet les fonctions d'une chambre sont autant les fonctions de la « Cour » que le sont celles de l'organe plénier. Aussi souhaitable soit-il de laisser une chambre faire son travail proprement dit avec autant d'autonomie que possible, la relation qui unit une chambre à la Cour plénière n'est pas une relation entre étrangers. Le Nicaragua a donné des exemples significatifs de mesures prises par la Cour plénière à l'égard d'une chambre même après que celle-ci eut été constituée. La Cour plénière, une fois qu'elle a constitué une chambre, ne peut s'ingérer dans son travail proprement dit; mais je crois qu'elle demeure tenue de veiller à ce que la composition de la chambre soit telle que celle-ci puisse fonctionner avec suffisamment de rectitude procédurale pour pouvoir être considérée comme une incarnation convaincante de la Cour en tant que cour de justice. Si je ne me trompe, quelque chose de cette opinion est implicite dans la déclaration, faite par la Cour dans son ordonnance, selon laquelle « la Cour a le pouvoir de constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée et, partant, de régler les questions touchant la composition d'une telle chambre ».

Dans le système actuel, tel qu'il a fonctionné jusqu'ici, une chambre *ad hoc*, étant composée de juges dont la désignation a été sensiblement influencée, voire déterminée, par les parties initiales (qu'on ne saurait sérieusement contester), ne peut se comporter comme une cour de justice normale ni vis-à-vis d'une requête à fin d'intervention, ni vis-à-vis du requérant en tant qu'intervenant dans l'affaire sur le fond s'il est fait droit à la requête. Une requête à fin d'intervention ne peut donc qu'aller de pair, comme en l'espèce, avec une demande de reconstitution de la chambre. Par hypothèse, cette dernière demande échappe à la compétence de la chambre, qui ne peut de ce fait connaître d'aucun des deux aspects de la requête.

Peut-être les parties initiales et le requérant (s'il a gain de cause) ne pourront-ils jamais se mettre d'accord sur des aspects essentiels de la reconstitution de la chambre, par exemple le nombre de ses membres. Dans un tel cas, la procédure s'arrête; mais, même si cela est regrettable, c'est à mon avis moins grave que si la procédure est conduite d'une manière qui n'est pas conforme aux normes fondamentales applicables à une cour de justice en tant qu'elle se distingue d'un tribunal arbitral.

J'admets comme une règle élémentaire qu'en principe c'est au tribunal

tence over the merits which should also determine incidental proceedings, including applications for permission to intervene. But another elementary rule is that in applying a rule — especially an elementary rule — it is important to take account of the particular circumstances. Subject to this, I think I can agree with the submission of Honduras that —

> "the correct principle is . . . that any Court or Tribunal, with competence over the merits of the case, must (within the limits of its Statute) be free to decide upon the procedures appropriate to the case, and such decision has to be taken in the light of the actual issues of substance raised in the case, not as an abstract matter" (letter to the Registrar from the Agent for Honduras of 15 January 1990).

That, no doubt, represents the norm. However, the present case represents anything but the norm. Having regard to the methods by which the Chamber was formed, it is difficult to appreciate how the Applicant can with any show of justice be left with no option but to go to that body. I see no convincing answer to Nicaragua's submission that to require it to submit to such a forum would involve "a complete surrender" of its will "to the will of the original parties as reflected in the formation of the Chamber" and a resulting breach of the principle of equality of States. In this respect, the position here seems materially and qualitatively different from that in the case of the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application to Intervene, Judgment* (*I.C.J. Reports 1981*, p. 6) in which it was held that a State applying to the full Court for permission to intervene had no right to appoint an *ad hoc* judge to that Court for the purpose of hearing the application, even though the Court included *ad hoc* judges appointed by the existing parties in the ordinary way. In my opinion, such is the distance between the circumstances of that case and those of the present case (in which the selection of all the members of a five-member chamber was substantially, if not decisively, influenced or determined by the existing Parties) as to leave no juridically defensible alternative to the Application in this case having of necessity to be heard by the full Court.

The Court has cited the *Haya de la Torre* principle to the effect that "every intervention is incidental to the proceedings in a case" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 76). In that case (decided under Article 63 of the Statute), the question was whether the purported intervention "actually relate[d] to the subject-matter of the pending proceedings" *(ibid.)*. That is not the question here. While I accept that the principle would ordinarily mean that an application for permission to intervene under Article 62 of the Statute should be made to the tribunal dealing with the merits of the matter, this presupposes that the tribunal is one which can act judicially in relation to the application. That case was not concerned with the kind of issues arising here as to what should be done to give real effect to the

compétent pour connaître du principal qu'il incombe de statuer sur les procédures incidentes, y compris les requêtes à fin d'intervention. Cependant, en vertu d'une autre règle élémentaire, pour appliquer une règle — surtout élémentaire — il importe de tenir compte des circonstances particulières de l'affaire. Sous cette réserve je crois pouvoir m'associer à la conclusion du Honduras selon laquelle :

> « Il n'est ... que juste de penser qu'en principe toute juridiction compétente pour trancher une affaire au fond doit, dans les limites établies par son statut, être libre de se prononcer sur les procédures propres à l'espèce, ses décisions devant être prises à la lumière des véritables questions de fond que soulève l'affaire, et non dans l'abstrait. » (Lettre du 15 janvier 1990 adressée au Greffier par l'agent du Honduras.)

Telle est sans aucun doute la norme. Cela dit, la présente affaire est tout sauf normale. Compte tenu des méthodes suivies pour constituer la Chambre il est difficile d'apprécier comment on pourrait sauvegarder la moindre apparence de justice si le requérant n'a d'autre choix que d'aller devant cet organe. Je ne vois aucune réponse convaincante à l'argument du Nicaragua selon lequel lui demander d'aller devant une telle instance reviendrait « à assujettir totalement » sa volonté « à celle des parties initiales telle que celle-ci est reflétée dans la composition de la Chambre » et entraînerait une violation du principe de l'égalité des Etats. A cet égard, la situation semble en l'espèce sensiblement et qualitativement différente de ce qu'elle était dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), requête à fin d'intervention, arrêt* (*C.I.J. Recueil 1981*, p. 6); la Cour avait alors jugé qu'un Etat présentant à la Cour plénière une requête à fin d'intervention n'avait pas le droit de désigner un juge *ad hoc* pour siéger avec la Cour lorsque celle-ci examinerait cette requête, alors même que la Cour comprenait des juges *ad hoc* désignés de la manière ordinaire par les parties initiales. A mon avis, les circonstances de cette affaire sont si éloignées de celles de la présente espèce (dans laquelle la désignation de tous les membres d'une chambre qui en comprend cinq a été influencée ou déterminée de manière sensible sinon décisive par les Parties initiales) que la seule option juridiquement défendable en l'espèce est que ce soit la Cour plénière qui connaisse de la requête.

La Cour a cité le principe *Haya de la Torre* selon lequel « toute intervention est un incident de procédure » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 76). Dans cette affaire (en laquelle la décision s'est fondée sur l'article 63 du Statut), il s'agissait de savoir si l'intervention demandée avait « réellement trait à ce qui est l'objet de l'instance en cours » *(ibid.)*. Tel n'est pas le problème en l'espèce. Si j'admets que normalement ce principe signifie qu'une requête à fin d'intervention au titre de l'article 62 du Statut doit être portée devant le tribunal qui connaît du fond de l'affaire, cela suppose qu'il s'agisse d'un tribunal capable d'exercer une fonction judiciaire vis-à-vis de cette requête. Dans l'affaire *Haya de la Torre* il ne s'agissait pas comme ici de savoir que faire pour donner réellement effet au droit d'intervention du

applicant's right to apply where the tribunal, which should ordinarily act, does not satisfy the generally recognized criteria applicable to a court of justice in so far as the applicant at any rate is concerned. In particular, that case did not involve the concomitant application of the principle of equality of States which would ineluctably be breached if Nicaragua's only remedy was to go before a chamber composed of members selected as mentioned above. It is difficult to justify this course by reference to the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case, without a considerable and unpersuasive extension of the latter.

If, for the reasons given by me, the Chamber cannot entertain the Application, and if, for the reasons given by the Court, the Court cannot, it would follow that there is no effective right to apply for permission to intervene in a matter pending before an *ad hoc* chamber. But I see little justification for holding that the right conferred by Article 62 of the Statute to make such an application can be denied by simply bringing a case before such a chamber rather than before the full Court. A system which turns away a State as a stranger at the gate even if it can prove that "it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case" has little claim in modern times to speak in the name of a court of justice, whatever other style it may affect and whatever might have been the earlier position in international adjudication. However, if there is a right to apply for permission to intervene, it must be a real right capable of being asserted and vindicated by normal judicial process.

It is true that under Article 59 of the Statute the decision of the chamber is not binding on a non-party. That, however, does not diminish the import of the fact that Article 62, paragraph 1, of the same Statute gives a non-party a right in law to request permission to intervene if "it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case", whether the requested permission is ultimately granted or not being another matter (see Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. 2, p. 552; and Shigeru Oda, "Intervention in the International Court of Justice", in *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, pp. 645-647). A State does not have to exercise that right; but, if it elects to do so, it is entitled to have its application determined judicially by a court of justice. I fail to see how this can happen where the selection of the members of the deciding tribunal was influenced, if not in substance determined, by the existing parties.

Viewing the matter now at the level of the procedural rules, it is to be observed that, in the absence of any provision in the Statute or the Rules dealing specifically with applications for permission to intervene in a chamber case, and leaving aside general principles, the argument against Nicaragua is based largely on the circumstance that Article 90 of the Rules of Court applies in relation to chambers the provisions of Articles 81, 83, 84 and 85 of the Rules (see the second recital of the Order of Court). These

requérant quand la juridiction qui serait normalement compétente ne satisfait pas aux critères généralement reconnus applicables à une cour de justice, au moins en ce qui concerne le requérant. En particulier cette affaire ne mettait pas en cause l'application concomitante du principe de l'égalité des Etats qui serait inéluctablement enfreint si le seul recours du Nicaragua était d'aller devant une chambre composée de membres désignés comme indiqué ci-dessus. Il est difficile de justifier cette manière de procéder en invoquant l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arababe libyenne)* sans élargir de manière considérable et peu persuasive les conclusions de cette affaire.

Si, pour les raisons que j'ai indiquées, la chambre ne peut connaître de la requête et si, pour les raisons indiquées par la Cour, la Cour elle-même ne le peut, cela signifie, semble-t-il, qu'il n'existe aucun droit véritable de présenter une requête à fin d'intervention dans une affaire pendante devant une chambre *ad hoc*. Or je ne vois guère ce qui autoriserait à juger qu'il soit possible de nier le droit que confère l'article 62 du Statut de présenter une telle requête, du simple fait qu'une affaire a été portée devant une telle chambre plutôt que devant la Cour plénière. Un système qui refoule un Etat à l'entrée, comme un étranger, même si cet Etat peut prouver que, « dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause », ne peut guère prétendre, à l'époque moderne, être le fait d'une cour de justice, de quelque autre titre qu'il se pare et quelle que puisse avoir été l'attitude antérieure dans le contentieux international. Mais s'il existe un droit de demander à pouvoir intervenir, il faut que ce droit soit effectif et qu'on puisse le revendiquer et le défendre en justice.

Il est vrai qu'en vertu de l'article 59 du Statut la décision d'une chambre n'est pas obligatoire pour un Etat qui n'est pas partie au litige. Pourtant, cela n'ôte rien au fait que l'article 62, paragraphe 1, du même Statut confère à l'Etat qui n'est pas partie un véritable droit de demander à pouvoir intervenir si, « dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause » ; peu importe que la requête soit finalement admise ou rejetée (voir sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. 2, p. 552, et Shigeru Oda, « Intervention in the International Court of Justice », dans *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, p. 645-647). Un Etat n'est pas tenu d'exercer ce droit; mais, s'il décide de le faire, il peut prétendre qu'une juridiction statue judiciairement sur sa requête. Je ne vois pas comment il pourrait en aller de la sorte si le choix des membres du tribunal qui statue a été influencé, sinon essentiellement déterminé, par les parties.

Si l'on examine maintenant la question sur le plan des règles de procédure, il convient de faire observer qu'en l'absence de toute disposition du Statut ou du Règlement qui traite expressément des requêtes à fin d'intervention dans des affaires portées devant des chambres, et abstraction faite des principes généraux, l'argument opposé au Nicaragua se fonde en grande partie sur le fait que l'article 90 du Règlement de la Cour applique aux chambres les dispositions des articles 81, 83, 84 et 85 du Règlement

provisions lay down rules of procedure for carrying out the functions of the Court under Article 62, paragraph 1, of the Statute concerning the right to apply for permission to intervene.

Although the rule-making provisions of Article 30, paragraph 1, of the Statute speak only of the "Court" framing "rules for carrying out its functions", it being the case that the functions of a chamber are the functions of the Court, it was fully competent for the Court acting under that provision to make rules of procedure relating to chambers also. I will assume, without deciding, that the combined effect of Articles 81, 83, 84, 85 and 90 of the Rules of Court is to regulate proceedings relating to applications for permission to intervene in chamber matters on the basis that such applications are to be made to the chamber concerned. But, in thus providing for such applications to be made to the chamber concerned, the Rules contemplated a chamber so constituted as to be capable of functioning as a court of justice in relation to the applicant. For the reasons given, the Chamber in this case cannot be considered as a normal court of justice in relation to the Applicant. In my opinion, the Rules do not and cannot require such an applicant to submit to such a chamber.

To what forum should the Applicant then turn? On the safe assumption that Article 62 of the Statute gives the Applicant a real right to apply for permission to intervene, the common sense view would be that the Applicant must of necessity apply to the full Court. This common sense view accords with the legal situation. As has been noticed, the Rules of Court are made under Article 30, paragraph 1, of the Statute which authorizes the Court to "frame rules for carrying out its functions". It is the function of the International Court of Justice to administer justice, not injustice; and, correspondingly, judges who make Rules of Court are to be credited with the intention of enabling the Court to do justice, not injustice. Hence, a Rule of Court should not be construed or applied as being legally effectual to create injustice, such as that which I fear would be created by construing the existing Rules as requiring Nicaragua to submit its Application to the existing Chamber notwithstanding the methods by which it was constituted.

Since, in my view, the Rules do not effectively provide for the case, the competence to deal with an application for permission to intervene in such a case falls to be considered as remaining with the full Court in keeping with the wording of Article 62 of the Statute. Under paragraph 1 of this, the request for permission to intervene is to be made to the "Court". Under paragraph 2, the decision is made by the "Court". Article 3 of the Statute makes it clear that references to the "Court" are references to the full Court. The Court may of course act through a chamber in proper instances. But where, as here, the Court cannot properly act through a chamber, the Court must of necessity act by itself. The jurisdiction

(voir le deuxième attendu de l'ordonnance de la Cour). Ces dispositions énoncent des règles de procédure sur l'exécution des attributions que la Cour tient de l'article 62, paragraphe 1, du Statut relatif au droit de présenter une requête à fin d'intervention.

Bien que les dispositions normatives de l'article 30, paragraphe 1, du Statut se bornent à stipuler que « la Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions », les attributions d'une chambre étant celles de la Cour, la Cour avait pleinement qualité pour définir, en vertu de cette disposition, des règles de procédure applicables aux chambres elles aussi. Je suppose, sans trancher la question, que les articles 81, 83, 84, 85 et 90 du Règlement ont conjointement pour effet de réglementer la procédure relative aux requêtes à fin d'intervention dans des affaires portées devant des chambres, en partant du principe qu'une telle requête doit être présentée à la chambre dont il s'agit. Cependant, quand il prévoit ainsi qu'une telle requête doit être présentée à la chambre dont il s'agit, le Règlement envisage une chambre composée de manière à pouvoir fonctionner comme une cour de justice à l'égard du requérant. Pour les raisons indiquées, la Chambre en l'espèce ne peut être considérée comme une cour de justice normale vis-à-vis du requérant. A mon avis, le Règlement n'exige pas, ni ne peut exiger, qu'un tel requérant se soumette à une telle chambre.

A quelle juridiction le requérant doit-il donc s'adresser? A supposer, comme on est fondé à le faire, que l'article 62 du Statut confère au requérant un véritable droit de demander à pouvoir intervenir, le bon sens voudrait que le requérant doive nécessairement s'adresser à la Cour plénière. Ce point de vue s'accorde avec la situation en droit. Comme on l'a fait observer, le Règlement a été adopté en vertu de l'article 30, paragraphe 1, du Statut, aux termes duquel la Cour peut « détermine[r] par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions ». La Cour internationale de Justice a pour attribution de rendre la justice et non l'injustice; on doit donc attribuer aux juges qui adoptent des dispositions du Règlement l'intention de donner à la Cour les moyens de rendre la justice et non l'injustice. Une disposition du Règlement ne devrait donc être interprétée ni appliquée comme si elle devait légalement avoir pour effet d'engendrer une injustice telle que celle à laquelle on aboutirait, je le crains, si l'on interprétait le Règlement actuel comme obligeant le Nicaragua à porter sa requête devant la Chambre, nonobstant la manière dont elle a été constituée.

Puisque, à mon avis, le Règlement ne prévoit effectivement pas le cas, le pouvoir de connaître d'une requête à fin d'intervention dans un cas de ce genre doit être considéré comme restant à la Cour plénière, conformément aux termes de l'article 62 du Statut. Selon le paragraphe 1 de cet article, la requête à fin d'intervention doit être portée devant la « Cour ». Selon le paragraphe 2, la « Cour » décide. Il ressort clairement de l'article 3 du Statut que par « Cour » il faut entendre la Cour plénière. La Cour peut évidemment agir par l'intermédiaire d'une chambre dans des cas appropriés. Mais lorsqu'elle ne peut pas vraiment le faire, comme en l'espèce, elle doit obligatoirement agir par elle-même. La compétence appartient primor-

belongs primarily to the Court and is retained by it to the extent that it has not, for any reason, become effectually exercisable by the chamber.

I appreciate that, by reason of the Special Agreement, it may be said that the case is pending before the Chamber and not before the Court. But if, as I consider, the right to apply for permission to intervene is applicable in relation to a case pending before such a chamber, this must be so because "the case" is in legal theory pending before the "Court" within the meaning of Article 62 of the Statute.

It remains for me to refer to the following statement made in the Order of Court:

> "Whereas furthermore a State which has submitted a request for permission to intervene on which a decision has not yet been taken 'has yet to establish any status in relation to the case' (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1981*, p. 6, para. 8), and therefore a State requesting such permission must, for the purposes of the decision whether that request should be granted, take the procedural situation in the case as it finds it".

In my opinion, the question raised in the case referred to by the Court, as to whether an applicant to the full Court for permission to intervene has a right to appoint an *ad hoc* judge to that Court before it hears the application, was, as submitted above, not of the same order as the question raised in this case as to whether such an application may competently be heard by a chamber the selection of all of whose members was influenced, if not practically determined, by the existing parties. The issue arising in this case concerns the capacity of the Chamber to act judicially in relation to the hearing and determination of the Application, having regard to the methods by which the Chamber was constituted and to universally accepted judicial standards. The issue so raised is too vital, too weighty, and too substantial for me to bring myself to accept that it may be disposed of as a mere "procedural situation" within the Court's dictum that an applicant for permission to intervene "must . . . take the procedural situation in the case as it finds it". It is on this fundamental issue, and the proper judicial approach to it, that I have the misfortune to disagree with the Court.

In sum, but with respect, I consider that the Court has misconceived Nicaragua's case. The essence of that case, as I understand it, is that the methods by which the Chamber has been formed entitle Nicaragua to take the view that the Chamber cannot exercise the judicial functions of the International Court of Justice in so far as Nicaragua is concerned. The Order of Court nowhere addresses this problem. The *Haya de la Torre* principle relied upon by the Court does not by itself suffice to provide a solution to that problem. A solution, if there is one, must, in the circumstances of this particular case, take account of the principle of equality of States, and there is no possibility of satisfying this principle without

dialement à la Cour, qui la conserve tant que, pour une raison ou une autre, une chambre ne peut pas effectivement l'exercer.

Je comprends bien que, par l'effet du compromis, l'affaire puisse être considérée comme pendante devant la Chambre et non devant la Cour. Mais si, comme je le pense, le droit de demander à pouvoir intervenir s'applique à une affaire pendante devant une telle chambre, cela ne peut être vrai que parce que l'«affaire» est théoriquement pendante devant la «Cour» au sens de l'article 62 du Statut.

Il me reste à mentionner le considérant ci-après de l'ordonnance que la Cour vient d'adopter:

> «Considérant au surplus que, lorsqu'un Etat a présenté une requête à fin d'intervention et qu'aucune décision n'a encore été prise sur sa requête, «son statut par rapport à l'instance reste à établir» (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1981*, p. 6, par. 8) et qu'en conséquence un Etat demandant l'autorisation d'intervenir doit, aux fins de la décision sur le point de savoir si sa requête doit être admise, accepter telle quelle la situation procédurale en l'espèce».

Selon moi, la question soulevée dans l'affaire évoquée par la Cour, celle de savoir si l'auteur d'une requête à fin d'intervention adressée à la Cour plénière a le droit de désigner un juge *ad hoc* à la Cour avant qu'elle connaisse de la requête, n'était pas du même ordre, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, que la question soulevée en l'espèce, celle de savoir si une chambre dont les parties ont influencé, sinon effectivement déterminé le choix de tous les membres, peut avoir compétence pour connaître d'une telle requête. La question qui se pose dans la présente affaire concerne la capacité de la Chambre de fonctionner judiciairement pour connaître de la requête et statuer à son sujet, compte tenu des méthodes suivies pour la constituer et des critères judiciaires universellement admis. La question ainsi soulevée est trop vitale, importante et fondamentale pour que je puisse accepter qu'il soit possible d'en disposer comme d'une simple «situation procédurale» au sens du passage de l'ordonnance de la Cour où il est dit que l'auteur d'une requête à fin d'intervention «doit ... accepter telle quelle la situation procédurale en l'espèce». C'est sur cette question fondamentale et sur la manière dont elle doit être abordée judiciairement que je ne suis malheureusement pas d'accord avec la Cour.

J'estime en somme que la Cour, sauf le respect que je lui dois, a mal saisi l'argumentation du Nicaragua. Cette argumentation, telle que je la comprends, repose sur le fait que les méthodes suivies pour constituer la Chambre habilitent le Nicaragua à considérer que celle-ci ne peut exercer les attributions judiciaires de la Cour internationale de Justice en ce qui le concerne. L'ordonnance de la Cour n'aborde nulle part ce problème. Le principe énoncé dans l'affaire *Haya de la Torre*, sur lequel se fonde la Cour, ne suffit pas par lui-même à le résoudre. Toute solution, si tant est qu'il en existe une, doit dans les circonstances de la présente affaire tenir compte du principe de l'égalité des Etats; et il n'est possible de respecter

appropriate action taken by the full Court within the framework of the very special relationship existing between itself and the Chamber.

For these reasons, I would uphold the contention of Nicaragua that the full Court has jurisdiction to entertain its Application. It is possible that the conclusion so reached is not altogether neat. But it often happens that the law has to balance the operation of one principle against that of another, and sometimes in peculiar circumstances. If the result of this process of mutual accommodation does not give perfect satisfaction in this case, the difficulty lies not in the conclusion but in the premise, namely, that the existing arrangements relating to *ad hoc* chambers are valid. In my opinion, they are not; and I fear that the problems inhering in the opposite view are not concluded with today's Order.

I end, as I began, by affirming my view that the *ad hoc* chamber system provided for by Article 26, paragraph 2, of the Statute is a valuable one. Though delays have not been unknown, the system should be capable of affording the benefit of simplicity without the risk of fractionalizing the functioning of the Court. In this latter respect, it seems to me that there is something of lasting worth in the stress which the Informal Inter-Allied Committee laid upon

> "the unity and cohesion of the Court as an institution, its central direction and the uniformity and continuity of its jurisprudence — everything, in fact, that is implied in the conception of a single Permanent Court of International Law" ("Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, February 10, 1944", *American Journal of International Law, Supplement*, 1945, Vol. 39, p. 33).

I am not convinced that in the long term (for it is this which must provide the true institutional perspective) any risk to these values is necessarily negated by experience of the working of the new arrangements so far. In principle, some of the problems which exercised the mind of the Informal Inter-Allied Committee when considering the subject of regional chambers are inherent in the methods by which an *ad hoc* chamber is formed under the existing arrangements. But for those methods, I should have had no difficulty supporting the Order made by the Court today. It may be that those methods can be usefully reviewed. At the moment, however, I feel obliged respectfully to dissent.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

---

ce principe que si la Cour plénière prend les mesures voulues dans le cadre de la relation très spéciale qui existe entre elle et la Chambre.

Pour ces diverses raisons, je déclarerai bien fondée l'allégation du Nicaragua selon laquelle la Cour plénière est compétente pour connaître de sa requête. Il se peut que cette conclusion ne soit pas parfaite. Il arrive pourtant souvent que le droit doive équilibrer l'application d'un principe et celle d'un autre, parfois dans des circonstances particulières. Si le résultat de ce processus d'ajustements réciproques ne donne pas entière satisfaction en l'espèce, la difficulté ne tient pas à la conclusion, mais à la prémisse, à savoir que les arrangements actuels relatifs aux chambres *ad hoc* sont valides. Selon moi, ils ne le sont pas; et je crains que l'ordonnance d'aujourd'hui ne tranche pas les problèmes que pose le point de vue contraire.

Je terminerai, comme j'ai commencé, en confirmant qu'à mon avis le système des chambres *ad hoc* prévu à l'article 26, paragraphe 2, du Statut est précieux. Certes, ce système a pu engendrer des retards, mais il devrait présenter l'avantage de la simplicité sans le risque de fragmenter le fonctionnement de la Cour. Sur ce dernier point il me semble y avoir un élément de valeur durable dans l'insistance avec laquelle le comité officieux interallié a souligné

> « l'unité et la cohésion de la Cour en tant qu'institution, sa direction centrale, ainsi que l'uniformité et la continuité de sa jurisprudence — c'est-à-dire tout ce que comporte la notion d'une Cour de droit international permanente et unique » (« Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, 10 février 1944 », *American Journal of International Law, Supplement*, 1945, vol. 39, p. 33).

Je ne suis pas persuadé qu'à long terme (c'est en effet dans une telle perspective institutionnelle qu'il faut se placer) l'expérience de la mise en œuvre des arrangements introduits jusqu'à ce jour exclue à coup sûr tout risque pour de telles valeurs. En principe, certains des problèmes auxquels le comité officieux interallié a songé quand il a examiné la question des chambres régionales tiennent essentiellement aux méthodes suivant lesquelles les chambres *ad hoc* sont constituées en vertu des arrangements actuels. N'était-ce ces méthodes, j'aurais pu sans difficulté donner mon accord à l'ordonnance rendue aujourd'hui par la Cour. Il se peut que ces méthodes puissent être utilement revisées. Pour le moment, toutefois, je m'estime obligé d'exprimer mon respectueux désaccord.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEEN.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Errata

I.C.J. Reports 1990, Order of 28 February 1990 (Sales No. 576)

Page 62, lines 3 and 4 of the indented text, for "Permanent Court of International Law" read "Permanent Court of International Justice".

I.C.J. Reports 1990, Order of 2 March 1990 (Sales No. 577)

Page 65, paragraph 8, line 5, for "Advocate and Counsel" read "Counsel".

The Hague, 23 April 1990.

C.I.J. Recueil 1990, ordonnance du 28 février 1990 (N° de vente 576)

Page 62, lignes 3 et 4 du texte en retrait, au lieu de « Cour de droit international permanente et unique » lire « Cour permanente de Justice internationale unique ».

C.I.J. Recueil 1990, ordonnance du 2 mars 1990 (N° de vente 577)

Page 65, paragraphe 8, ligne 5, au lieu de « avocat et conseil » lire « conseil ».

La Haye, le 23 avril 1990.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Errata

I.C.J. Reports 1990, Order of 28 February 1990 (Sales No. 576)

Page 62, lines 3 and 4 of the indented text, for "Permanent Court of International Law" read "Permanent Court of International Justice".

I.C.J. Reports 1990, Order of 2 March 1990 (Sales No. 577)

Page 65, paragraph 8, line 5, for "Advocate and Counsel" read "Counsel".

The Hague, 23 April 1990.

C.I.J. Recueil 1990, ordonnance du 28 février 1990 (N° de vente 576)

Page 62, lignes 3 et 4 du texte en retrait, au lieu de « Cour de droit international permanente et unique » lire « Cour permanente de Justice internationale unique ».

C.I.J. Recueil 1990, ordonnance du 2 mars 1990 (N° de vente 577)

Page 65, paragraphe 8, ligne 5, au lieu de « avocat et conseil » lire « conseil ».

La Haye, le 23 avril 1990.